

TRAITÉ DU DOL

ET

DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

PAR

J. Gédarride,

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIN, ANCIEN BATONNIER

TOME SECOND.

BRUXELLES.

MELINE, CANS ET COMPAGNIE.

LIVOURNE. | LEIPZIG.
MÊME MAISON. | J. P. MELINE.

1854

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

DEUXIÈME PARTIE.

(SUITE.)

DE LA FRAUDE.

(SUITE.)

CHAPITRE II.

FRAUDES CONTRE LA PARTIE.

(Suite.)

SECTION IV.

FRAUDES DANS LE LOUAGE.

SOMMAIRE.

994. — La fraude peut vicier le louage dans son origine, ou même dans son exécution.
995. — Le but essentiel du louage est tantôt la jouissance temporaire d'un objet déterminé, tantôt un salaire.
996. — La principale obligation du bailleur est donc de livrer l'un ou l'autre. — Conséquences.
997. — La location de la chose d'autrui est nulle, comme le serait la vente ou l'échange.
998. — La menace d'éviction produit-elle un effet également identique ?
999. — Droit du preneur de la chose d'autrui, s'il a consenti des anticipations sur les loyers.
1000. — Dangers auxquels s'expose le communiste qui loue seul la chose commune.
1001. — L'usufruitier, le mari ou le tuteur qui donnent à bail les biens dont ils ont la jouissance ou l'admini-

stration commettent une fraude s'ils ont leur qualité.

1002. — Conséquences, suivant que le bail est consenti pour moins ou pour plus de neuf ans.

1003. — Fraude évidente du bailleur qui loue deux fois la même chose ou qui, après avoir loué, vend sans faire de l'entretien du bail une condition de la vente.

— Effet dans le premier cas.

1004. — Effet dans le second.

1005. — Obligations qui naissent de l'acte d'assurer la jouissance au preneur.

1006. — Obligation imposée par l'article 1720 de délivrer la chose en bon état de réparations.

1007. — Effet de la dissimulation frauduleuse de mauvais état de réparations.

1008. — La visite préalable des lieux ne serait pas un obstacle à la rescision.

1009. — À défaut de délivrance, le bail peut être résilié, mais cette résiliation ne peut jamais être demandée par le bailleur.

1010. — Elle ne pourrait être prononcée malgré le preneur.

1011. — À la charge de qui sont les réparations d'entretien ?

1012. — Quid de celles pour conserver à la chose la destination qui lui a été affectée ?

1013. — Durée fixée pour les réparations.

1014. — Le propriétaire est responsable des vices cachés de la chose louée.

1015. — Effets de cette responsabilité : 1^{re} Résiliation de bail.
 1016. — 2^e Dommages-intérêts en faveur du locataire, si le locateur connaissait le vice.
 1017. — 3^e Réparation dans tous les cas de la perte matérielle éprouvée.
 1018. — Dissentiment avec Troplong sur les obligations du locateur ayant ignoré le vice.
 1019. — Réfutation de sa doctrine.
 1020. — Étendue de la jouissance conférée au preneur.
 1021. — Le preneur a le droit de sous-louer, à moins d'interdiction contraire.
 1022. — *Quid*, en cas de prohibition, du bail consenti en fraude du contrat ?
 1023. — Droit du sous-locataire évincé, selon qu'il a ignoré ou connu la clause prohibitive.
 1024. — Mais le preneur peut toujours se faire représenter par des personnes de confiance et à ses gages.
 1025. — La clause prohibitive de sous-location n'est pas violée, lorsque la sous-location n'est que l'accessoire d'une obligation légitimement contractée, la vente du fonds du commerce, par exemple.
 1026. — Opinion contraire de Duvergier.
 1027. — Réfutation.
 1028. — Obligation du preneur de conserver les lieux dans l'état où ils se trouvent au moment de la délivrance. — Son étendue.
 1029. — Impossibilité d'en changer la destination.
 1030. — Le locataire d'un établissement industriel doit l'exploiter jusqu'à la fin du bail.
 1031. — Faut-il, pour que la plainte en changement de destination soit recevable, que l'interdiction soit expressément contenue dans le bail ?
 1032. — La profession du locataire doit être prise en considération pour juger les intentions des parties.
 1033. — La dissimulation de cette profession pourrait faire résilier le bail.
 1034. — Le développement qu'un fait même imprévu imprime à l'exploitation d'une carrière constitue-t-il un changement de destination capable de faire résilier le bail ?
 1035. — La prohibition de changer la destination des lieux s'applique aux baux des lieux ruraux.
 1036. — L'obligation, pour le preneur d'un bien rural, d'administrer en bon père de famille est plus étroite encore que celle du locataire ordinaire.
 1037. — Devoir que le premier a de veiller à la conservation de l'intégralité de la propriété. — Conséquence quant aux usurpations qui pourraient être commises.
 1038. — Délai dans lequel l'avertissement doit être donné. — Ses formes.
 1039. — Peine attachée au défaut d'avertissement.
 1040. — Cas dans lesquels la fraude du fermier révèle les caractères d'un délit.
 1041. — Effets de l'enlèvement ou de l'absence des capitaux morts ou vivants.
 1042. — Fondement de l'action en résiliation.
 1043. — Fondement de celle en restitution et en dommages-intérêts.
 1044. — L'expiration du bail amène le règlement des méfaits reprochables au fermier.
 1045. — Faculté pour le juge de décerner la contrainte par corps pour garantie de la restitution des capitaux.
 1046. — Obligation pour le preneur de payer le prix. — Conséquences.
 1047. — Obligation de garantir de meubles les lieux loués.
 1048. — Étendue de cette obligation pour le preneur d'un bien rural.

1049. — Principes régissant le louage d'ouvrages et d'industrie.
 1050. — L'action *ex conducto* n'est pas admise dans cette matière.
 1051. — Le locateur répond des vices de construction et des matériaux qu'il fournit.
 1052. — Difficultés que l'acte du coadjuvateur renverra si elle est exercée après la réception et le paiement.
 1053. — Caractères et effets de la réception.
 1054. — Distinction entre les vices apparents et les vices cachés.
 1055. — *Quid* si le locateur n'a fourni que la façon ?
 1056. — La réception reste sans effet à l'égard des personnes que le Code civil déclare responsables pendant dix ans.

994. — Le contrat de louage peut être entaché de fraude soit dans son origine, soit dans l'exécution qui lui est donnée. L'effet est le même dans l'un et l'autre cas, c'est-à-dire que le contrat est résilié suivant la gravité du préjudice occasionné, et que des dommages-intérêts peuvent être prononcés contre son auteur.

La fraude sera imputable soit au bailleur, soit au preneur, selon qu'il s'agira de la violation d'un devoir imposé à l'un ou à l'autre. Voyons donc les obligations qu'ils doivent réciproquement remplir. Nous indiquerons les conséquences de leur violation.

995. — Le but essentiel du louage est, de la part du preneur, de se procurer la jouissance temporaire d'un objet certain et déterminé. Dans le louage d'ouvrages, c'est tantôt l'industrie d'un individu qui est mise à contribution moyennant un salaire convenu, tantôt un ouvrage qui doit être confectionné et livré par un entrepreneur ou ouvrier. Nous allons nous occuper d'abord du louage des choses.

996. — Le but de ce contrat, tel que nous venons de le déterminer, indique que la principale et la première obligation du bailleur est de faire jouir le preneur des objets faisant la matière de la location. Tout ce qui est de nature à empêcher ou à troubler cette jouissance est une fraude dont il est dû réparation.

De là il suit :

1^{re} Que la location de la chose d'autrui est de nature à empêcher le bail de sortir à effet ;

2^e Que le propriétaire qui loue successivement la même chose à diverses personnes,

Ou qui, après avoir loué verbalement ou par acte sans date certaine, vend la chose louée sans faire de l'entretien du bail une des conditions de la vente,

Commets tout autant de fraudes engageant sa responsabilité et ouvrant contre lui l'action du preneur.

997. — Ou ne peut pas plus louer la chose d'autrui que la vendre ou l'échanger. Le bail à loyer n'est pas autre chose que le transfert pour un temps plus ou moins loin d'un des attributs de la propriété, la jouissance. Ceci suppose donc, chez le bailleur, la qualité de propriétaire. Si cette qualité ne lui appartient pas, comment pourra-t-il assurer aux preneurs la jouissance pour laquelle ils ont traité ?

La nullité prononcée contre la vente ou l'échange de la chose d'autrui doit donc être appliquée au louage. Le preneur, évincé ou menacé de l'être par le véritable propriétaire, aura donc le droit de demander la résiliation du contrat et la réparation pécuniaire du préjudice résultant de cette résiliation.

998. — Faut-il donner à la menace d'éviction les mêmes effets que ceux qu'elle entraîne dans la vente ou l'échange ? La découverte que la chose louée n'appartient pas au bailleur ouvrira-t-elle immédiatement l'action du preneur ? Non ; à notre avis, l'action du preneur serait irrecevable tant que le trouble à sa jouissance ne serait pas réalisé.

Cette solution est contraire à celle que nous avons indiquée dans le cas de vente ou d'échange. Mais cette contradiction s'explique naturellement par la nature des choses et par la différence majeure existant dans l'intérêt engagé dans ces diverses hypothèses.

Le vendeur et l'échangiste, ayant le premier payé le prix, le second livré la chose, ont le plus grand intérêt à agir le plus promptement possible. Les soumettre à attendre que le véritable propriétaire rompt le silence, c'était, dans bien des cas, les condamner à perdre, par l'insolvabilité de la partie contractante, le recours que l'action du propriétaire leur ouvre.

D'ailleurs, le résultat du vice, entachant la vente ou l'échange, étant d'enlever à l'échangiste ou à l'acquéreur la chose reçue, la connaissance de ce vice les met, l'un et l'autre, dans une position singulière. Oseront-ils se livrer à des dépenses dont un tiers profitera ? Pourront-ils, suivant que la nécessité de leurs affaires l'exigerait, aliéner ou disposer d'une chose qu'ils savent ne pas leur appartenir et s'exposer ainsi aux dommages-intérêts qu'une résiliation imminente leur permet d'entrevoir, et qui seront d'autant plus élevés, qu'ils auraient sciemment disposé de la chose d'autrui ? Donc, le possesseur de la chose d'autrui par vente ou échange n'a qu'une propriété flottante, incertaine, indisponible, ce qu'il convient de faire cesser au plus tôt.

Le louage n'offre aucun de ces inconvénients.

Dans ce contrat, ce qui est de l'essence de la convention est moins le droit en lui-même que la jouissance matérielle des lieux. Si donc ce fait se réalise sans trouble aucun, le preneur a tout ce qu'il peut raisonnablement exiger. Il suffit de lui réserver le droit de se plaindre dès que le trouble viendra à s'effectuer.

Le bail, étant d'ailleurs temporaire, peut parfaitement s'accomplir sans que le véritable propriétaire réclame. Que ce silence soit spontané, qu'il ne soit que le résultat d'un accord avec le locateur, peu importe, celui-ci a rempli ses engagements en faisant jouir le preneur, qui n'a, dès lors, aucune raison plausible pour demander à être exonéré.

De plus, le prix du bail n'est payable qu'à des termes ordinairement rapprochés. Ce prix n'étant que la représentation de la jouissance, le paiement en serait suspendu par le trouble apporté à celle-ci. Quant aux loyers précédemment payés, le véritable propriétaire n'aurait pas le droit de les exiger une seconde fois, le paiement fait de bonne foi au propriétaire apparent ayant complètement et légalement libéré le locataire.

Dès lors, ce dernier ne court aucun risque sérieux. Il ne peut donc se plaindre de ce qu'on ajourne la recevabilité de sa demande jusqu'à la réalisation du trouble.

999. — Cependant, si le preneur avait en entrant payé par anticipation tout ou partie des loyers que le bail doit rendre exigibles, la connaissance que la chose louée n'appartient pas au bailleur lui conférerait le droit d'exiger de lui soit le remboursement de tout ce qui ne serait pas actuellement échu, soit un cautionnement pour un remboursement futur. De plus, et pour éviter toute contestation ultérieure sur les paiements de loyer postérieurs à la connaissance du vice, il conviendrait au preneur de ne faire ces paiements qu'après avoir mis le véritable propriétaire en demeure de faire valoir ses droits.

1000. — Le communiste, louant en son nom seul la chose indivise, excède les droits lui appartenant et s'expose à un double danger.

1° A une poursuite en résiliation de la part de ses copropriétaires. Remarquons, toutefois, que, juste en principe, cette prétention pourrait être repoussée dans l'application, si le bail stipulait un prix sincère et légitime, si le bailleur résidait sur la localité, tandis que ses cointéressés habitent des lieux plus ou moins éloignés, et si des baux antérieurs, consentis de la même manière, n'avaient pas été attaqués. Tout cela

indiquerait que le bailleur, agissant ne fût-ce que comme le *negotiorum gestor* de ses cointéressés, n'a fait qu'un acte de sage administration auquel il était au moins tacitement autorisé. La demande en résiliation pourrait, dès lors, être écartée.

Mais il en serait autrement si le bailleur avait dissimulé le véritable prix du bail ou s'il avait stipulé secrètement tout autre avantage exclusivement personnel. La fraude, évidente dans cette hypothèse, entraînerait non-seulement la résiliation du bail, mais encore l'allocation de dommages-intérêts pouvant excéder, mais non rester en dessous des avantages indûment perçus. Comme dans tous les cas de fraude, la preuve incomberait aux demandeurs.

2^e A la demande en résiliation de la part du preneur. La poursuite et les effets de cette demande seraient déterminés par les règles que nous venons de tracer pour le louage de la chose d'autrui.

1001. — Les articles 395, 1429 et 1718 du Code civil donnent à l'usufruitier, au mari, au tuteur, la faculté de louer les biens dont ils ont la jouissance ou l'administration. Quelle que soit la durée des baux qu'ils ont consentis en cette qualité, le preneur n'a aucun droit à exercer, pas même celui de se faire cautionner les anticipations qu'il aurait consenties.

La dissimulation de la qualité constitue une véritable fraude. Mais, comme elle n'est pas dans tous les cas nécessairement préjudiciable, il y a lieu d'établir la distinction suivante :

1002. — Si le bail n'a qu'une durée de neuf ans ou au-dessous, le locataire n'a aucun motif de se plaindre; ce qu'il a voulu, c'est la jouissance des objets loués pendant toute la durée de son bail. Or, cette jouissance lui est assurée, puisque le bail n'excède pas le droit conféré par la loi à celui qui l'a consenti. Donc, le nu propriétaire, la femme ou l'ancien mineur sera obligé de l'exécuter pour toute sa durée, à moins qu'il ne prouve que le bail est frauduleux et lésif.

Mais on ne peut admettre l'existence d'un bail frauduleux et lésif sans admettre, en même temps, la complicité du preneur. Ce n'est pas, en effet, en faveur de celui-ci que le bailleur méconnaît les devoirs que sa qualité lui impose. Conséquemment, le preneur, ayant participé à la fraude et déterminé, par son fait, la cause de la nullité du bail, ne saurait être ni recevable, ni fondé à se plaindre de cette nullité.

Toutefois, si le preneur a fait des anticipations sur les loyers à venir, l'ignorance de la qualité

du bailleur lui donnera le droit d'exiger soit le remboursement de ses avances, soit un cautionnement.

Si le bail est consenti pour une période de plus de neuf ans ou renouvelé contrairement à l'article 1430 du Code civil, la dissimulation de la qualité du bailleur pourrait être pour le preneur un motif de demander la résiliation du contrat. Il peut se faire, en effet, que la durée du terme stipulé ait été la cause déterminante, sans laquelle le preneur n'aurait pas consenti à accepter cette qualité; que cette même durée ait été stipulée en compensation de l'état des biens loués, des dépenses et frais à exposer pendant les premières années. Or, cette espérance peut ne pas se réaliser, car l'exécution complète de l'acte tient à une éventualité dont le preneur peut ne pas vouloir courir les chances et dont on lui a frauduleusement dissimulé l'existence.

1003. — La fraude du propriétaire qui loue successivement la même chose à deux personnes, ou qui, ayant loué verbalement ou par acte sans date certaine, vend sans faire de l'entretien du bail une des conditions de la vente, n'est pas douteuse. Dans la première hypothèse, l'un des preneurs se verra dans l'impossibilité de jouir de la chose. Il est évident qu'on ne saurait lui refuser la résiliation du bail et l'allocation de dommages-intérêts. Le juge serait d'autant plus sévère, que cette allocation aurait pour cause la mauvaise foi la plus évidente.

Dans la seconde hypothèse, la fraude n'existerait et ne serait préjudiciable que si, au moment de la vente, le bail avait encore plusieurs années à courir. Il est évident que, s'il s'agissait d'un bail annuel dont l'exécution a précédé la vente, l'acquéreur ne pourrait évincer le fermier actuel qu'à la fin de l'année et conformément aux usages de la localité.

1004. — Si la vente est réalisée avant l'entrée en jouissance du preneur, le silence gardé par le vendeur sur l'existence du bail dispenserait l'acheteur de l'obligation de l'exécuter. Le refus de celui-ci anéantirait le bail, mais laisserait à la charge de l'ancien propriétaire les dommages-intérêts que la résiliation forcée du contrat ferait naître. Il en serait de même si l'acquéreur congédiait le fermier dont le bail devait se prolonger au delà de l'année. Vainement le bailleur exigerait-il de sa bonne foi. Il dépendait de lui de rendre le bail obligatoire dans l'un et l'autre cas, en faisant un devoir pour l'acquéreur. Le silence gardé envers celui-ci ne peut être que volontaire. Il est donc exclusif de toute bonne foi.

1005. — L'obligation d'assurer au preneur la jouissance de la chose louée entraîne, comme conséquence, celle de délivrer la chose au temps convenu ; celle de l'entretenir de manière que la jouissance en soit possible ; celle, enfin, de garantir les vices qui la rendraient impropre à sa destination.

La délivrance est en matière de louage ce qu'elle est dans la vente sous une destination différente. Conséquemment nous nous en réservons aux règles que nous avons exposées pour celle-ci.

1006. — L'article 1720, spécial pour le louage, fait une obligation au bailleur de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce, ce qui comprend les réparations locatives demeurant, après la livraison et pendant la durée du bail, à la charge du preneur. Il est évident, en effet, qu'on ne pouvait imposer à celui-ci des réparations dont la cause lui est étrangère, dès que leur nécessité a précédé à la jouissance de la chose.

1007. — De là il résulte que si le mauvais état d'entretien a été dissimulé à l'aide de quelques réparations superficielles destinées à masquer plutôt qu'à améliorer l'état des lieux, le preneur pourrait contraindre à l'exécution franche et entière des prescriptions de l'article 1720 et, à défaut, obtenir la résiliation du bail.

Cette résiliation s'explique par l'intérêt du preneur. Les réparations locatives non réalisées au moment de l'entrée en jouissance seraient plus tard à sa charge. D'ailleurs, plus la chose est en état, et moins il y aura d'occasions de la réparer. Donc, sous ce double rapport, l'intérêt du preneur est évident.

1008. — Vainement le bailleur, pour se soustraire à l'article 1720, prétendrait-il que la chose ayant été visitée avant de traiter, le preneur a accepté l'état des choses dont il se plaint ; qu'il a eu, d'ailleurs, lui-même tort de la louer telle qu'elle se trouve. On lui répondrait, avec raison, que la fraude ne pouvait se prévoir ; que la chose paraissait en bon état d'entretien au moment de la visite et que cette apparence devait suffire ; que le preneur avait d'autant moins le devoir de l'approfondir, que l'article 1720 la lui garantissait en quelque sorte ; qu'ainsi, loin de renoncer au bénéfice de cet article, il se l'est d'autant plus réservé, qu'il n'a traité que parce qu'il l'a cru acquis.

Ainsi, aucune fin de non-recevoir ne sau-

rait résulter de la visite de la chose louée. La demande du preneur, en exécution de l'article 1720, devrait être accueillie si elle était fondée, à plus forte raison le serait-elle si les réparations dolosives étaient postérieures à la visite.

En cas d'inexécution, le bail pourrait être résilié, mais il peut se faire que cette résiliation n'entre pas dans les convenances du preneur. Ce cas se réalisant, celui-ci se fera autoriser à faire lui-même les réparations, dont la nécessité sera constatée, aux frais du bailleur, le remboursement de la dépense pourra être immédiatement exigible ou être compensé avec les loyers à échoir, au gré du preneur.

1009. — Le défaut de délivrance de la chose louée peut entraîner la résiliation du bail ; cette possibilité ne saurait être invoquée par le bailleur. Manquant à un devoir essentiel, celui-ci ne pourrait se soustraire à la résiliation que le preneur demanderait.

1010. — Mais ce dernier ne saurait jamais être contraint à subir malgré lui la résiliation. La demander est pour lui une faculté et non une obligation ; s'il croit la délivrance de la chose possible, si elle convient mieux à ses intérêts, il a le droit de forcer le bailleur à la réaliser, et, le jugement obtenu, il peut se faire mettre en possession *inter manu militari*. Telle est la nature de l'action qui lui est ouverte et que le droit romain qualifiait d'*actio conducti*, ou *ex conducto*, et dont les effets se sont continués sous l'empire du droit qui nous régit ¹.

1011. — La délivrance opérée et le preneur entré en jouissance, toutes les réparations locatives restent à sa charge. Ces réparations sont présumées la conséquence de la jouissance et nécessitées par sa faute ou par celle de sa famille ².

1012. — Mais il n'en est pas de même des réparations nécessaires pour conserver à la chose la destination qui lui a été affectée. Le propriétaire, retirant les fruits civils de la chose, est naturellement tenu de maintenir celle-ci en état d'être jouie par le preneur. Tout ce qui porte atteinte à cette jouissance, tout ce qui s'oppose à ce qu'elle s'exerce librement et d'une manière complète, est une violation de l'obligation imposée au bailleur. Il appartient donc uniquement à celui-ci d'y remédier, et cela pendant toute la durée du bail.

Le propriétaire est donc tenu de faire cesser le trouble, dès qu'il est mis en demeure de le

¹ *Id.* Tropieug, n^{os} 171, 172, 173 et suiv.

² Pothier, n^o 107.

faire. Il est responsable du refus ou du retard qu'il mettrait à faire cesser un état de choses préjudiciable au preneur, qui pourrait dès lors le faire condamner non-seulement à faire les réparations, mais encore à des dommages-intérêts pour le préjudice éprouvé depuis la mise en demeure.

1013. — Dans sa sollicitude pour les droits de chacun, le législateur a cru devoir régler le mode et la durée des réparations. S'il était raisonnable que le preneur dut souffrir la privation de jouissance résultant de la nécessité d'une réparation plus ou moins importante, il ne fallait pas que le bailleur pût, au gré de ses caprices, prolonger la durée des travaux et aggraver par sa négligence la position du bailleur. De là la disposition de l'article 1721 réglant souverainement les droits et les devoirs de chacun.

1014. — L'existence d'un vice caché, rendant la chose impropre à sa destination, engage la responsabilité du bailleur tenu à la garantie. Il résulte des termes de l'article 1721 que cette garantie ne s'entend que des vices empêchant la jouissance. Conséquemment, si le preneur n'espérait que d'une incommodité, l'article 1721 serait inapplicable, il ne pourrait en invoquer le bénéfice.

1015. — Les effets de la garantie édictée contre le bailleur sont :

En première ligne, la résiliation du bail ; l'ignorance absolue et complète de l'existence du vice ne saurait, aux termes de l'article 1721, empêcher ce résultat. Il est évident, en effet, que dès que la chose ne peut, par une cause quelconque, recevoir la destination que le preneur lui affectait au vu et su du bailleur, le bail doit cesser d'exister. on ne saurait équitablement exiger le prix d'une jouissance ne pouvant se réaliser.

1016. — En deuxième ligne, l'allocation de dommages-intérêts en faveur du locataire, si le locateur a connu avant le bail le vice dont la chose était affectée. La dissimulation du bailleur est plus qu'une fraude, elle constitue un dol véritable. L'appréciation de la réparation due au preneur se ferait donc sur les bases édictées par l'article 1751 du Code civil.

1017. — En troisième ligne, et dans tous les cas, la réparation de la perte matériellement éprouvée par le preneur.

Cette solution, que le sens littéral des termes de l'article 1721 renferme évidemment, nous paraît dictée par la plus saine équité. En effet, si le propriétaire et le locataire se sont trompés et qu'ils aient l'un et l'autre ignoré le vice de la

chose, il ne faut punir ni l'un ni l'autre ; mais si ce vice a occasionné un préjudice, comment condamnera-t-on le preneur à le subir ? On est la faute qu'il a commise ? Devait-il connaître ce que le propriétaire ignorait ? Mais cette faute n'est-elle pas celle de ce propriétaire ? N'est-elle même pas plus grave chez lui que chez le preneur, puisqu'en sa qualité il avait bien d'autres moyens que celui-ci de connaître la vérité ?

En l'état donc, mettre à la charge de ce propriétaire la perte que le vice de la chose a déterminée, c'est faire à chacun la part qui lui est due ; rappelons-nous cet adage de notre ancien droit : *Il n'y a pas à hésiter entre celui qui s'est trompé, et celui qui souffre*. Or, évidemment celui qui s'est trompé dans l'espèce, c'est le propriétaire ; celui qui souffre, c'est le locataire.

1018. — Telle n'est pas cependant la solution à tirer de l'article 1721, d'après Troplong. Cet éminent jurisconsulte pense que le bailleur ignorant du vice ne doit supporter ni dommages-intérêts, ni pertes quelconques ; il enseigne que la perte doit rester pour compte du preneur.

Troplong invoque d'abord le principe développé par Ulpien, dans la loi 19, § 1, Dig., de locat. conduct. Se fondant ensuite sur l'affinité incontestable entre la vente et le louage, il fait application à celui-ci de l'article 1646, et il conclut que le bailleur ayant ignoré le vice n'est tenu de restituer que ce qu'il a reçu et à supporter les frais de louage.

1019. — Quelque profond que soit notre respect pour le savant auteur dont nous rappelons l'opinion, quelque considérable que soit son autorité, nous devons le dire, les motifs sur lesquels il fonde sa doctrine ne nous ont pas convaincu, sa doctrine elle-même nous a paru méconnaître l'esprit et la lettre de l'article 1721.

Nous repoussons le recours au droit romain par un double motif : d'abord parce que la décision d'Ulpien ne nous paraît pas aussi décisive que le soutient Troplong ; ensuite, parce qu'en la supposant telle, elle devrait rester aujourd'hui sans autorité, le Code civil ayant adopté une doctrine contraire.

Nous nous bornerons, sur le premier point, à faire remarquer qu'Ulpien refuse d'une part les dommages-intérêts, et de l'autre, le droit d'exiger les loyers : *Atiter atque si saltum pasuum locati, in quo arva mala nascebatur. Nec enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest pretabitur si scisti, si ignorasti pensionem non petes.*

Ainsi, pas de doute, le preneur ne pourra exiger des dommages-intérêts, ni le bailleur exiger le prix de la location. Cela exclut-il nécessairement la faculté pour le premier d'exiger le remboursement de la perte qu'il a essuyée ?

On pourrait admettre le contraire. En droit romain, les dommages-intérêts s'entendaient d'un double élément : la perte éprouvée, le gain dont on était privé, *damnum emergens, lucrum cessans*. Proscrire l'ensemble, ce n'est pas exclure nécessairement le droit d'exiger séparément l'un de ces deux éléments. Conséquemment être placé dans l'impossibilité d'exiger des dommages-intérêts n'entraîne pas l'interdiction de poursuivre la réparation de la perte.

Nous le croyons avec d'autant plus de fondement que, pour décider le contraire, il faut admettre que le preneur a fait faute, et c'est ce que lui reproche Troplong. Le preneur, dit-il, a à s'imputer d'avoir ignoré la nature de la chose qu'il loue. Mais un pareil reproche peut-il être fondé lorsqu'il s'agit d'un vice tellement caché, que ce n'est que par la jouissance elle-même qu'il doit se déceler ; que le propriétaire a pu l'ignorer, lui qui possède la chose depuis longues années peut-être ! lui qui doit aussi connaître la chose dont il dispose, car si le preneur doit savoir quelle est la chose qu'il reçoit, il est juste que le bailleur sache quelle est la chose qu'il donne ; si l'erreur est concevable chez l'un, elle est concevable chez l'autre ; il faut donc les placer l'un et l'autre dans la position qu'ils avaient avant le bail, et dès lors obliger le propriétaire à indemniser de la perte, tout en imposant au locataire la privation du bénéfice qu'il eût pu réaliser.

Quoi qu'il en soit, en droit romain, de la justesse de cette doctrine, tout doute disparaît sous l'empire du Code, en présence de l'article 1721 : « Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail. » Voilà le principe nettement et formellement posé. Remarquons tout de suite combien il s'éloigne de celui formulé par Ulpien : *Si ignorasti, mercedem non petes*. Il serait singulier qu'à travers une opposition si tranchée dans les textes, les deux législations dussent arriver au même résultat.

Donc le bailleur doit garantie, même lorsqu'il a ignoré les vices ou défauts de la chose ; quels seront les effets de cette garantie ? L'article 1721 nous l'enseigne immédiatement : s'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur,

le bailleur est tenu de l'indemniser. Or, cette disposition n'est évidemment édictée que dans l'hypothèse de l'ignorance du bailleur, car, s'il avait connu le vice, ce n'est pas l'indemnité de la perte qu'il devrait. La dissimulation dont il aurait usé, constituant un dol, l'obligerait à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à supporter la perte dans les proportions de l'article 1151 et à tenir compte, sur les mêmes bases, du gain dont le preneur aurait été privé.

Troplong reconnaît lui-même l'évidence du sens littéral de l'article 1721, mais il soutient que l'aperçu qui en dérive est trompeur. Pourquoi ? Parce qu'il existe une grande affinité de principes entre le louage et la vente. Or, pour celle-ci, l'article 1646 borne l'obligation du vendeur au remboursement du prix et des frais de la vente. Pourquoi en serait-il autrement pour le louage, alors que le droit romain est précis à cet égard ?

Nous sommes loin de méconnaître l'affinité réelle existant entre le louage et la vente. Mais toute la conclusion que nous en tirons, c'est que, dans le silence du Code, c'est par les principes applicables à la vente qu'on doit résoudre les difficultés offertes par le louage. Dès lors, c'est à l'article 1646 que nous demanderions les devoirs à remplir par le bailleur ignorant les vices de la chose, si la législation spéciale au louage ne s'était pas formellement expliquée. Or, l'article 1721 fournit à notre avis cette explication, et il la donne autre que celle de l'article 1646. Dès lors on ne peut, sous prétexte d'affinité, se soustraire à un texte clair, précis et positif.

Pourquoi la loi a-t-elle voulu pour le louage le contraire de ce qu'elle a prescrit pour la vente ? Nous n'avons pas à scruter la pensée du législateur, il suffit que sa volonté soit expressément énoncée, pour que tout s'empresse de courber la tête. Qu'on tente de la faire corriger, si on la croit mauvaise, c'est un droit dont l'exercice n'a rien que de très-légitime ; quant à nous, nous l'avons déjà dit, la prescription de l'article 1721 nous paraît dictée par les plus saines notions d'une exacte justice. Nous croyons d'ailleurs que l'obligation de l'acheteur, de s'assurer de la qualité et de la nature de ce qu'il achète, est beaucoup plus grave que celle du locataire à l'endroit de la chose qu'il loue ; que, d'autre part, le locateur est, bien plus que le vendeur, tenu de connaître la chose qui fait la matière de la location ou de la vente ; c'est ce que Zachariæ exprime en ces termes : La raison en est que celui qui loue une chose pour un usage convenu doit savoir si elle y est propre et garantir non seule-

ment cet usage, mais encore les conséquences qui peuvent en résulter¹.

Ainsi le bailleur doit garantir des vices ou défauts cachés, quand même il les eût ignorés; cette garantie a pour effet non pas de le soumettre à des dommages-intérêts, mais de l'obliger à indemniser le preneur de la perte que les vices cachés ont entraînée. L'article 1646 est sans application au louage, l'article 1721 ayant édicté pour celui-ci une règle spéciale.

C'est ce que la cour de cassation a formellement décidé le 30 mai 1857². C'est ce qu'enseignent plusieurs auteurs recommandables³.

1020. — Le bail confère au preneur le droit de jouir de la chose louée pendant la durée du terme convenu; il en retire par conséquent tous les fruits, tant naturels qu'industriels ou civils. Il est à l'instar du propriétaire lui-même, il peut donc faire, à raison de cette jouissance, tout ce qu'il trouve utile ou convenable à ses intérêts.

Toutefois, cette faculté ne s'applique qu'à l'usage commun, qu'à la jouissance accoutumée des produits ordinaires de la chose. Tout ce qui sort de cette catégorie, tout ce qui ne peut être recueilli sans porter atteinte à la substance de la chose demeure personnel au propriétaire, qui seul a le droit d'en disposer. Ainsi les mines et carrières existant sur la propriété, ouvertes ou non au moment du bail, ne pourraient être exploitées par le preneur que si la convention lui en conférait expressément la faculté. L'exploitation, en l'absence d'une clause d'autorisation, serait un abus et une fraude que le propriétaire aurait le droit d'interdire pour l'avenir, avec dommages-intérêts pour le passé.

1021. — Le droit de louer est un des attributs de la jouissance. Il passe conséquemment au preneur pouvant toujours sous-louer, à moins que le contrat le lui interdise.

Ce principe, consacré par l'article 1717 du Code civil, a été méconnu par un arrêt de la Cour de Paris, du 28 juillet 1825, jugeant que la concession du droit d'exploiter une mine de plâtre ne peut, dans le silence du contrat sur le droit de sous-louer, être valablement transmise à un tiers par le concessionnaire⁴. Les motifs de cet arrêt se fondent sur les lois spéciales aux carrières et mines, sur la responsabilité qu'elles font peser sur le propriétaire. De là on conclut que celui-ci, en concédant la faculté d'exploiter, ne l'a fait qu'en considération de la capacité et de l'aptitude du preneur; qu'en con-

séquence le bail est personnel et que la cession qui en est faite, constituant l'abandon de l'exploitation, il y a lieu de résilier le contrat.

Cette doctrine ne tend à rien moins qu'à créer une distinction que la loi proscriit. Toute jouissance est dans le cas d'être cédée, surtout lorsqu'elle est purement industrielle, car, dans cette hypothèse, le preneur a pu ne vouloir faire qu'une spéculation en sous-louant plus cher qu'il n'a lui-même loué. D'ailleurs, l'article 1717 est général et absolu, c'est donc le vicié que de lui refuser ce caractère. L'objection que le bailleur n'a eu en vue que la capacité et l'aptitude du preneur est détruite par le contrat lui-même, car, si telle avait été la cause déterminante du bail, on en trouverait la preuve dans l'interdiction de sous-louer que la loi permet de stipuler. Le silence des parties sur ce point exclut toute idée de personnalité dans le bail.

Qu'importe, d'ailleurs, la responsabilité que les lois spéciales font peser sur le propriétaire des mines ou carrières? En aliénant l'exploitation en faveur d'un tiers, ce propriétaire a assumé la responsabilité des actes de celui-ci, mais il a contre lui un recours qui lui a paru suffisant. Ce recours n'est nullement affaibli par la sous-location, puisque le preneur primitif reste garant envers le bailleur des faits de celui qu'il s'est substitué. Dès lors il n'y a rien de changé par la sous-location, il n'y a qu'une garantie de plus pour le propriétaire. On ne saurait dès lors punir le preneur qui a usé d'une faculté légale et résilier un bail qui n'a pas cessé d'exister tel qu'il a été consenti.

Que si le mode de jouissance adopté par le sous-preneur est abusif et nuisible pour le propriétaire, celui-ci a le droit soit de faire cesser les abus, soit de poursuivre la résiliation. Vainement le preneur primitif prétendrait-il que les actes dont on se plaint ne sont pas de son fait; ou lui répondrait victorieusement qu'il est censé avoir fait lui-même ce que son représentant a accompli, qu'il doit, dès lors, être condamné, sauf son recours contre le sous-locataire.

Ainsi, en principe, la faculté de sous-louer est inhérente au contrat de louage. Mais la loi permet d'y déroger. L'absence d'une clause formelle dans l'acte de bail laisse dans tous les cas au preneur le droit d'user de cette faculté.

1022. — Mais si le bail a prohibé cette faculté, le preneur ne pourra, sous aucun prétexte, se soustraire à la prohibition; il sera tenu

¹ T. III, p. 8.

² D. P., 37, 1, 409.

³ Zachariae, *loc. cit.*, Delvincourt, t. III, p. 191, notes.

⁴ Dalloz, 25, 2, 218.

d'exploiter lui-même la chose louée, la sous-location qu'il en ferait serait considérée comme un abandon illégal et frauduleux de la jouissance, et entraînerait dès lors la résiliation du bail avec dommages-intérêts.

1023. — Le sous-locataire, évincé par l'effet de la résiliation, pourrait-il exiger des dommages-intérêts de la part de son bailleur ? A cet égard une distinction nous paraît indispensable : ou le locataire a été trompé, ou il a été imprudent. Dans le premier cas, il lui est dû des dommages-intérêts, qui lui seraient refusés dans le second.

Le sous-locataire a été trompé, lorsque l'existence du bail primitif lui a été dissimulée. Nous n'entendons pas par là qu'il faille que le sous-locateur se soit faussement attribué la qualité de propriétaire ; il suffirait que, tout en prenant la qualité de locataire, il eût placé la partie avec laquelle il traite dans l'impossibilité de vérifier la sincérité du droit qu'il exerce ; c'est ce qui se réaliserait s'il avait caché l'existence d'un bail écrit, prétendant qu'il était locataire verbal. On comprend dans ce cas qu'aucun reproche fondé ne pourrait être adressé au sous-locataire, un bail verbal est exclusif de toute clause prohibitive d'une sous-location.

Si la sous-location a été faite par écrit, la dissimulation dont nous parlons sera de nature à être prouvée par l'acte même. Il est vrai que la qualité de locataire verbal peut avoir été prise pour éviter des droits éventuels d'enregistrement, mais le sous-locateur a le plus grand intérêt à se soustraire aux conséquences de cette dénomination. Il doit donc rapporter la preuve écrite que le sous-locataire n'a rien ignoré. Cette preuve résulterait de la remise de la convention primitive constatée par un récépissé signé du sous-locataire, ou de tout autre document écrit, émané de celui-ci.

Si la sous-location a été verbalement consentie, celui qui l'a acceptée pourra toujours alléguer et prouver qu'on lui a caché l'existence d'un bail écrit. Cette preuve pourra être fournie oralement, puisqu'il s'agit d'une dissimulation frauduleuse.

Le sous-locataire, qui a connu ou pu connaître la position réelle du sous-locateur, n'a droit à aucune allocation en cas d'éviction. Dans le premier cas, ou il s'est rendu complice de la fraude consommée par celui-ci, ou il a pris sur lui de coprir les écueils résultant de la prohibition de sous-louer. Dans l'une comme dans l'autre hy-

pothèse, il serait non recevable à se plaindre d'une dépossession pouvant être facilement prévue au moment où il a traité.

Il en est de même si, sans avoir formellement connaissance de la prohibition de sous-louer, il a pu facilement la connaître, comme si le sous-bail mentionnait que le bailleur tenait les lieux en vertu d'un bail écrit. Cette énonciation impose au sous-locataire le devoir de se faire représenter le bail pour en connaître les conditions. S'il manque à ce devoir, il se rend coupable de négligence et accepte imprudemment un fait dont il lui a été donné de soupçonner au moins la sincérité.

Imprudence ou négligence, la sous-location reste à ses périls et risques. A toutes ses réclamations, on répondrait qu'il devait s'assurer de la condition de celui avec qui il contractait ; qu'en ne le faisant pas, il a commis une faute dont il doit subir les conséquences, quelles qu'elles soient.

La prohibition de sous-louer est absolue et de rigueur, sa violation entraîne et doit faire prononcer la résiliation du bail. Il est évident dès lors que la convention a voulu conférer au preneur une jouissance purement personnelle. La sous-location faisant cesser cette jouissance, étant la violation la plus formelle des accords convenus, il y a lieu de les rétracter.

Il ne dépend donc plus du locataire d'empêcher cette résiliation, même en offrant d'indemniser, par des dommages-intérêts, le préjudice que la sous-location peut occasionner. Si l'on admettait une pareille offre, on violerait l'article 1717. on donnerait à une seule partie le droit de faire au contrat des modifications ne pouvant se réaliser que par l'effet d'un consentement mutuel¹.

1024. — Cependant la nécessité de l'habitation, lorsqu'il s'agit d'une maison ou d'une ferme, n'est pas tellement personnelle, que le preneur ne puisse pas se faire représenter par des personnes de confiance et à ses gages. On possède par son préposé comme par soi-même, et consentir à la prohibition de sous-louer, n'est pas aliéner la faculté de se choisir un représentant². Mais comme la fraude est ici fort voisine du droit, le bailleur a toujours le droit de prouver que la qualité conférée au tiers n'est qu'une ruse à l'effet d'é luder la prohibition.

1025. — La clause prohibitive de sous-location n'est pas violée lorsque cette sous-location n'est que l'accessoire d'une obligation légitime-

¹ Cass., 26 janv. 1812.

² Bordeaux, 11 juin 1826.

ment contractée par le preneur. Ainsi, la vente d'un fonds de commerce est bien souvent inséparable, à la cession du bail, des lieux dans lesquels ce commerce est exploité. Dans cette hypothèse, la cession est forcée, car, sans elle, la vente du commerce ne se réaliserait pas. Vouloir l'empêcher serait placer le commerçant dans l'impossibilité de cesser des affaires qui peuvent être fort onéreuses pour lui et le condamner à continuer une profession que ses convenances, son intérêt et sa position lui font un devoir d'abandonner.

Induire de l'acceptation de la prohibition de sous-louer la renonciation à la faculté de vendre, c'est donner à la clause du bail une extension que ne comportent ni la raison, ni la justice. Pourrait-on jamais supposer, en effet, que dans l'unique but de se soustraire à cette prohibition, le locataire ira vendre son fonds, abandonner son industrie et renoncer ainsi aux occupations de toute sa vie ? Concluons donc que la vente d'un fonds de commerce peut autoriser, malgré le bail, la cession de la location sans laquelle la vente serait ou impossible ou extrêmement onéreuse.

1026. — Telle n'est pas cependant l'opinion de Duvergier. Rien, dit ce jurisconsulte, ne doit faire fléchir le principe de l'article 1717, la faculté de céder le bail n'est pas intimement liée à celle de vendre le fonds. Le fait-elle, on n'en devrait pas moins obéir à la défense expresse de céder le bail, fût-il en induire la prohibition de vendre le fonds¹.

1027. — Quelque rigoureuse que soit la prohibition de l'article 1717, elle ne nous paraît pas autoriser une pareille conséquence. Dans l'esprit du législateur, cette disposition n'a de portée que pour les cas ordinaires et qui se réalisent le plus souvent. Tant que le preneur restera ce qu'il était au moment du bail, et qu'il s'agira de lui substituer un tiers, ce qui lui permettrait d'aller faire ailleurs ce qu'il faisait dans les lieux loués, le bailleur sera fondé à s'opposer à la substitution, alors même qu'elle lui serait avantageuse. L'article 1717 n'admet plus qu'on exige un intérêt de la part du bailleur, il suffit que la prohibition ait été consentie pour qu'il puisse en réclamer le bénéfice et profiter de ses conséquences.

Conclure de là que le preneur s'est interdit la faculté de vendre son fonds de commerce, qu'il s'est privé de la faculté de sous-louer même dans l'éventualité de cette vente, c'est supposer

que les parties ont eu en vue un événement fort éloigné de leur pensée actuelle et qui n'a dû frapper ni l'une ni l'autre ; et, dans tous les cas, si le bailleur y a songé, il eût dû s'en expliquer formellement. Son silence à l'acte prouverait qu'il n'a pas voulu, dans ses prévisions, aller au delà de celles pour lesquelles l'article 1717 a été exclusivement édicté. C'est dans ce sens que s'est prononcée la cour de Paris².

1028. — La jouissance conférée au locataire diffère de celle du propriétaire, pouvant non-seulement user, mais encore abuser de sa chose. Elle doit, dès lors, se restreindre dans des limites raisonnables et justes. C'est ce que la loi a exigé, en exprimant que l'administration du locataire devait être celle d'un bon père de famille.

Cette obligation entraîne, comme conséquence d'abord, de maintenir les lieux dans l'état où ils se trouvaient au moment de leur délivrance.

Ce n'est pas que le preneur ne puisse jouir autrement que le propriétaire et opérer dans ce sens des changements à la localité. L'obligation de rendre, à la sortie, les lieux dans l'état qu'ils étaient à la rentrée, rend l'exercice de cette faculté sans inconvénients pour le bailleur. Il ne pourrait donc réclamer, à moins d'excès devant occasionner un préjudice permanent et durable.

1029. — Mais la faculté de modifier les lieux ne va pas jusqu'à permettre d'en changer la destination. Toute substitution dans ce sens, accomplie sans l'aveu et l'autorisation du bailleur, est une fraude donnant ouverture à l'action en résiliation, alors surtout que la destination nouvelle est dans le cas de déprécier les lieux, soit sous le rapport matériel, soit sous le rapport moral.

Ainsi on ne peut, dans une maison bourgeoise, établir un café ou cercle, moins encore un cabaret ou un lieu de prostitution. Convertir la maison en auberge ou l'auberge en maison, introduire une maison de jeux, appeler enfin une profession bruyante ou incommode dans les lieux destinés à un débit de marchandises.

1030. — Le locataire d'un établissement industriel quelconque est de plus obligé de l'exploiter activement jusqu'à la fin du bail. L'interruption occasionnée, soit par la cessation de commerce, soit par le transfert de ce commerce dans une autre localité, donnerait lieu à la résiliation du bail et à des dommages-intérêts. L'allocation serait beaucoup plus sévèrement calculée dans le second cas que dans le premier. En effet, la cessation du commerce peut tenir à des circon-

¹ Du Louage, t. I, n° 363.

² 16 février 1822.

stances n'entachant en rien la bonne foi du preneur. Le second, au contraire, sera le plus souvent une spéculation sur la clientèle qu'on voudra contraindre de venir dans le nouvel établissement, la fermeture du premier les mettant dans l'impossibilité de continuer à s'y faire servir. On ne doit donc pas hésiter à réparer largement le préjudice qui en sera résulté pour le propriétaire des lieux abandonnés.

1031. — Faut-il, pour que la plainte en changement soit recevable, que la destination des lieux ait été spécialement indiquée dans l'acte de bail? Nous ne le pensons pas. Le mode de jouissance précédemment employé détermine ordinairement la destination ultérieure. C'est donc par les antécédents que doit se résoudre la difficulté. C'est aussi par la nature et la situation des lieux, car dans beaucoup de circonstances elles aideront puissamment à fixer la destination qu'on prétendra avoir été changée.

1032. — La profession du locataire peut fournir un moyen puissant d'appréciation. Celui qui a pris dans l'acte la profession de négociant, qui a toujours exercé son commerce dans le lieu de son habitation, sera facilement présumé n'avoir loué que pour continuer son industrie. Le bailleur ne pourrait donc plus tard s'opposer aux changements à faire aux lieux loués pour les mettre en état de servir à leur nouvelle destination. Son silence dans l'acte de bail, en présence de la double circonstance que nous venons d'établir, ferait admettre qu'il a consenti à ces changements.

Mais il en serait autrement si l'industriel avait toujours exploité son commerce dans un lieu autre que celui qu'il habitait; peu importerait, dans cette hypothèse, que le preneur eût pris dans l'acte la qualité que son industrie lui donne. D'une part, la certitude qu'il exploitait son commerce séparément de son habitation; de l'autre, la destination antérieure des lieux, constamment affectés à l'habitation, feraient considérer comme un changement frauduleux l'introduction dans ces lieux de l'exercice de sa profession.

1033. — La dissimulation par le preneur de sa véritable qualité ferait résilier le bail, lorsqu'il est certain que la connaissance de cette qualité aurait empêché le propriétaire de le consentir. Ainsi il a été jugé que le preneur qui s'annonce comme négociant fait une déclaration mensongère devant entraîner l'annulation du bail, s'il dissimule qu'il est cabaretier et logeur¹.

1034. — Le développement qu'un fait même imprévu imprime à l'exploitation d'une carrière constitue-t-il un changement de destination devant autoriser le bailleur à faire résilier le bail?

La négative ne saurait être douteuse. L'exploitation n'est que la conséquence naturelle et légitime du bail. Elle doit nécessairement se placer au niveau des besoins du preneur. Elle suit donc la chance plus ou moins heureuse du commerce entrepris par lui. En conséquence elle ne saurait être gênée, alors qu'aucune limite n'a été stipulée dans l'acte.

C'est ce que la cour de Grenoble a en quelque sorte reconnu par arrêt du 5 mars 1835, repoussant le prétendu changement de destination allégué par le bailleur.

Mais le même arrêt condamne le preneur à des dommages-intérêts à l'égard du bailleur, pour indemniser celui-ci du développement que l'exploitation avait reçu. Nous pensons avec Duvergier que cette solution ne se justifie en droit par aucun motif plausible.

Dans l'espèce de cet arrêt, une carrière de pierres moellons avait été donnée à bail. Longtemps avant le contrat, le projet d'agrandir la ville de Grenoble et d'en reculer les fortifications avait été conçu. Des plans avaient été dressés et le tout était soumis à l'approbation du gouvernement.

Postérieurement au bail, ce projet fut mis à exécution, et dès lors des fournitures considérables furent faites par les fermiers de la carrière.

En cet état, réclamation du propriétaire. Il soutient que la réalisation de l'agrandissement de la ville est un fait imprévu, que l'exploitation à laquelle il donne lieu menace d'épuiser sa mine. Il demande qu'en vertu des articles 1769 et 1770, il soit indemnisé par les preneurs; que dans tous les cas, et à défaut de stipulation expresse, ceux-ci ne devaient jouir de la carrière que suivant la destination qu'elle a reçue; que cette destination devait être entendue des produits proportionnels au prix du bail; qu'en conséquence, extraire des produits plus considérables, c'était changer cette destination, puisque le preneur pourrait tout à coup appauvrir, sinon épuiser une carrière ayant devant elle de longues années d'exploitation.

On répondait que les articles 1769 et 1770 ne concernaient que le preneur; que la réciprocité invoquée n'avait aucune base légale, ce que l'arrêt semble reconnaître tout en disant que la loi n'a pas exclu toute analogie.

La cour ne voit pas non plus dans les moyens

¹ Bordeaux, 4^{er} mars 1828.

invoqués un changement de destination, mais elle y trouve une violation flagrante des accords intentionnellement convenus, et c'est sur cette violation qu'elle se fonde pour accorder des dommages-intérêts. Voici ses motifs :

« Attendu que, en affermant à Arnaud et « Blandin le droit d'exploiter leur carrière, Uet « et Billieux n'ont prévu ni pu prévoir l'agrandissement de la ville et la confection d'une « nouvelle enceinte de fortifications; qu'ils n'ont « dû voir, ainsi que les preneurs, que le débit « des pierres tel qu'il avait eu lieu précédemment et pour les besoins habituels de la population, ce qui est d'ailleurs démontré par le « prix du bail, resté le même que pour les baux « antérieurs, tandis qu'il aurait subi une augmentation considérable si l'on avait prévu « l'événement des nouvelles fortifications;

« Attendu que le projet d'agrandissement de « la ville, d'une nouvelle enceinte de remparts, « bien qu'existant à l'époque du contrat, était « encore entouré de difficultés telles, que son « ajournement, qui datait de plus d'un siècle, « ne pouvait présenter un terme assez prochain « pour que ce projet eût été dans les prévisions « des parties. »

Il est possible, comme le dit la cour de Grenoble, qu'il ne serait pas juste de laisser au preneur seul le bénéfice considérable qu'un événement imprévu est venu occasionner, mais cela signalerait tout au plus une lacune dans la loi, puisque le législateur, s'étant expliqué à l'égard du preneur par les articles 1769 et 1770, a omis ou refusé de le faire à l'endroit du bailleur. Or, cette lacune ne peut être comblée ni par le jurisconsulte, ni par le magistrat : *Dura lex, sed scripta*.

L'appel, fait par l'arrêt, à des considérations d'équité et de justice est donc sans portée réelle. Tout au plus accuserait-il la loi d'imprévoyance, en admettant que cet appel fut fondé dans l'espèce et qu'il s'y agit réellement d'un fait pouvant être considéré comme imprévu.

En droit, nous n'admettons pas, comme le fait l'arrêt, ni que l'exploitation actuelle soit le terme que les parties contractantes aient imposé à l'administration future et surtout accepte, ni que l'importance de celle-ci doive toujours être proportionnée au prix du bail. La location d'une mine ou d'une carrière est une opération purement commerciale et participe, dès lors, essentiellement aux chances aléatoires, inséparables de toute opération de ce genre. De là cette première conséquence, que le preneur court le risque d'une diminution plus ou moins considé-

rable et qu'il doit, par réciprocité, profiter de l'augmentation dans l'exploitation actuelle.

Que le but du preneur soit de provoquer cette augmentation, c'est ce qui est positif comme l'évidence. En conséquence, il recherchera tous les débouchés nouveaux pour l'écoulement de ses produits, étendra ses relations, les portera au loin, profitera dans cet objet de sa position sociale, des moyens que sa fortune lui offrira. Or, c'est précisément tout cela que la doctrine de l'arrêt tend à lui interdire, condamnant ainsi l'industrie du preneur à une immobilité qui n'est ni dans la nature, ni dans l'essence du commerce.

Cette doctrine a, de plus, comme tout ce qui est arbitraire, le tort grave de ne comporter ni mode fixe d'applications, ni limites certaines. A quel point n'entraîne-t-elle l'obligation d'indemniser le propriétaire? Comment, d'ailleurs, calculer l'existence de l'augmentation dans l'exploitation? S'il est vrai que tel qui ne venait pas à l'usine y vient, il peut se faire que tel autre qui en tirait ses fournitures ait cessé d'en agir ainsi. C'est donc une masse de difficultés, de chicanes plus ou moins insolubles, substituée à la règle simple et positive tracée par la loi.

D'ailleurs, si le preneur ne peut aller au delà de l'exploitation actuelle, ne s'ensuivra-t-il pas que le bailleur devra garantir ces limites? N'est-il pas juste que le premier, s'il ne peut s'enrichir, ne puisse pas au moins s'appauvrir. On lui permettra donc, toutes les fois que l'exploitation sera moindre, de solliciter soit une diminution proportionnelle sur le prix du bail, soit une indemnité. Comme on le voit, dans le système que nous combattons, l'aléa de l'opération commerciale retombera sur le locateur et non sur le locataire.

Mais, dit-on, il n'est pas rationnel de permettre au preneur d'appauvrir, sinon d'épuiser une mine ayant encore plusieurs années d'exploitation devant elle. Cette objection ne serait juste que si le fait ne pouvait être empêché par le preneur, et c'est ce qui n'existe pas. La loi permet au propriétaire de déterminer des limites à l'exploitation, dont il confère le droit à un tiers. Ainsi, l'acte de bail peut renfermer ces limites, empêcher qu'elles puissent être dépassées ou fixer une augmentation proportionnelle du prix du bail, augmentation qu'il sera facile d'établir par le cubage de la carrière. De quoi se plaindrait donc le bailleur, s'il a uniquement dépendu de lui d'éviter l'injustice contre laquelle il réclame? Est-il bien juste aussi de faire perdre à un individu une somme de 10,000 francs, parce

qu'il a négligé de se procurer une preuve écrite soit du prêt, soit du dépôt qu'il en aurait fait ? Et cependant on n'hésiterait pas à repousser toutes ses réclamations. Pourquoi, lui dirait-on, ne vous êtes-vous pas procuré la seule preuve pouvant vous faire rentrer dans vos fonds. Or, ce qu'on objecterait avec raison au déposant ou prêteur, on peut, on doit l'objecter au locateur, car, comme eux, il a dépendu de lui de créer la preuve d'une prétendue intention sur laquelle cependant il est resté muet au moment du contrat.

Ainsi, l'injustice du résultat qui décide Trop-long à adhérer à la solution de la cour de Grenoble ne nous paraît nullement démontrée. Dans tous les cas, elle est due non à la fraude du preneur, mais à la négligence du bailleur : *Volenti non fit injuria*.

Nous ajoutons que, dans l'espèce de l'arrêt de Grenoble, il y avait d'autant plus lieu pour le preneur de s'expliquer au moment du contrat, que l'agrandissement de la ville et l'établissement de nouvelles fortifications étaient connus de tous. Il est vrai que la cour rappelle que ce projet datait d'un siècle. Mais il s'exécutait en 1832, et le bail avait été consenti en 1829. Or, les formalités indispensables à cet accomplissement avaient dû, dès 1829, être poussées à un point tel que la réalisation du projet devait paraître imminente. Le silence du bailleur constituait donc une faute d'autant plus lourde.

1035. — La prohibition de changer la destination des lieux s'applique aux biens ruraux comme aux maisons de ville. Ainsi, le fermier ne peut, sans s'exposer à des dommages-intérêts et même à la résiliation du bail, dessoler les terres, les surcharger, détruire les étangs, arracher les vignes, convertir les terres à blé ou les prairies en vignobles, changer les vignobles en terres labourables, substituer, enfin, une autre culture à celle antérieurement et usuellement pratiquée.

1036. — L'obligation pour le fermier d'administrer en bon père de famille est plus étroite encore que celle du locataire. Les fraudes qu'il pourrait commettre sont, en effet, de nature à altérer, au moins temporairement, la propriété elle-même. Ainsi, le défaut de culture, l'enlèvement des pailles ou engrais, la taille défectueuse de la vigne ou autres arbres, etc., sont dans le cas de survivre dans leurs effets au bail lui-même, conséquemment d'occasionner un préjudice au propriétaire, soit en diminuant les produits s'il les perçoit lui-même, soit en empêchant d'obtenir, d'un autre fermier, le prix qu'il au-

rait obtenu, si la propriété avait été en bon état. Tous actes tendant à ce résultat doivent donc être sévèrement réprimés.

1037. — Un devoir spécialement imposé au fermier d'un bien rural, est celui de veiller à la conservation de l'intégralité de la propriété confiée à ses soins ; d'empêcher tout empiètement. La possession, si précieuse dans un procès, l'éloignement du propriétaire, pouvant ne se rendre que très-rarement sur son domaine, ont fait édicter l'article 1768, d'après lequel le fermier doit avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur le fonds, à peine de tous dépens, dommages et intérêts.

1038. — Le délai dans lequel cet avertissement doit être donné est celui des ajournements. Inutilement aurait-on chargé le fermier d'avertir le propriétaire si on avait laissé le délai à son choix ou à ses caprices. Bientôt même la négligence s'en mêlant, l'avis arriverait après que, par l'expiration de l'année, la possession serait acquise à l'usurpateur, ce qui pourrait entraîner la perte de la propriété, si le propriétaire n'avait pas de titres ou s'il avait perdu ceux qu'il pourrait invoquer. Cette conséquence fait sentir toute l'importance de l'obligation imposée au fermier.

La loi ne trace aucune forme à l'accomplissement de cette obligation. L'usurpation peut être dénoncée au propriétaire soit par acte extraordinaire, soit par lettre, soit même oralement. Mais la prudence exige que, dans ces deux derniers cas, le fermier se procure la preuve écrite de sa diligence. Cette preuve résulterait de la déclaration signée par le propriétaire et constatant l'avertissement reçu.

1039. — A défaut de ces précautions ou faute d'avoir exécuté les prescriptions de l'article 1768, le fermier devrait être condamné à des dommages-intérêts. Évidemment, l'allocation de ces dommages devrait comprendre l'intégralité du préjudice occasionné par l'usurpation. Elle serait d'ailleurs plus sévère, suivant que le fermier aurait agi de bonne foi et par pure négligence ou que son silence ne serait que le résultat de la collusion et de la connivence avec l'usurpateur.

1040. — Les fraudes du fermier revêtent quelquefois le caractère de délits. Ainsi, l'abatage des arbres sans autorisation et contre le gré du propriétaire peut être poursuivi correctionnellement et puni des peines portées par l'article 446 du Code pénal¹.

¹ Carnot, sur l'article 446; Legraverend, t. II, p. 380, note 8; Metz, 1^{er} août 1819, cass., 10 août 1833.

Le fermier qui enlèverait sur le fonds affermé des barrières ou partie de la clôture commet le délit de bris de clôture, s'il a agi frauduleusement ou de mauvaise foi. Dans le cas contraire, il ne pourrait être poursuivi criminellement, mais il pourrait l'être par la voie civile, à la requête du propriétaire fondé à exiger des dommages-intérêts.

L'enlèvement des capitaux morts ou vivants constitue, dans l'acception ordinaire du mot, un véritable vol, puisque l'auteur de cet enlèvement s'attribue sciemment et volontairement une chose qu'il sait appartenir à autrui. Cette soustraction, au mépris des droits du propriétaire, ne constitue pas cependant, aux yeux de la loi, un délit quelconque, soit parce que les capitaux confiés au fermier deviennent, en quelque sorte, sa propriété sous l'obligation d'en restituer, à la fin du bail, en même quantité, qualité et valeur; soit parce que la disparition de certains d'entre eux peut n'être que le résultat d'un fait indépendant du fermier, dont tout le tort consiste à ne pas avoir pourvu à leur remplacement. Dans ce dernier cas, il n'y a, à la charge du fermier, qu'une dette purement civile dont il répond sur toutes ses facultés.

1041. — Quoi qu'il en soit, l'enlèvement ou l'absence des capitaux morts ou vivants, dégarissant la ferme des moyens indispensables à son exploitation, entraîne, en faveur du propriétaire contre le fermier, d'abord, l'action en résiliation du bail; ensuite, celle en restitution et en dommages-intérêts pour le préjudice résultant de l'absence plus ou moins prolongée des capitaux.

1042. — La première de ces actions a sa base dans la violation de l'obligation imposée au fermier de tenir la ferme garnie de tous les moyens utiles à son exploitation. L'enlèvement des capitaux ou l'impossibilité de les remplacer est ordinairement le précurseur d'un abandon de la culture. Il faut tout au moins prévoir une exploitation insuffisante.

Cela seul suffit pour justifier la demande en résiliation, indépendamment du caractère odieux d'un enlèvement. La demande du propriétaire ne saurait donc être repoussée.

1043. — L'action en restitution et en réparation du préjudice n'est que la conséquence de la résiliation. Celle-ci, entraînant la fin du bail, anéantit nécessairement les effets que l'expiration du terme stipulé fait naître. Au nombre de ces effets, se place naturellement le remboursement de tout ce qui avait été livré par le propriétaire comme accessoire de la ferme.

1044. — La fin du bail détermine également le règlement de toutes les malversations reprochées au fermier et la réparation du préjudice en résultant. Cette réparation étant accordée à titre de dommages-intérêts, la contrainte par corps est facultative dans les limites et aux termes de l'article 136 du Code de procédure civile.

1045. — La même faculté est accordée au juge par l'article 2062, à l'égard de la restitution des capitaux manquants, à moins que le fermier ou le colon partiaire ne prouve que la perte ou le déficit ne procède point de son fait. Cette preuve est à la charge de l'un ou de l'autre. Pour le propriétaire, l'absence des capitaux fait présumer la fraude. Mais cette présomption cède devant la preuve du contraire, et cette preuve faite, il est procédé au règlement conformément aux règles tracées par les articles 1810 et 1827. À défaut de cette preuve, la contrainte par corps peut être prononcée, c'est-à-dire qu'elle est une faculté et non un devoir. La loi s'en réfère donc à l'appréciation souveraine du juge.

1046. — La principale obligation du preneur est de payer le prix stipulé. Nous nous en rapportons, quant à ce paiement, aux règles que nous avons tracées en parlant de la vente, règles parfaitement applicables au paiement des loyers. Nous dirons seulement que le simple retard d'un terme n'autorise pas l'action en résiliation. Après beaucoup d'hésitation et de contradictions, la doctrine et la jurisprudence se sont réunies pour exiger que le retard soit au moins de deux termes.

1047. — Le privilège que le vendeur conserve sur la chose repose pour le locateur sur les facultés mobilières du locataire. Pour que ce privilège puisse sortir à effet, il faut que les facultés qu'il grève se trouvent dans les lieux loués. De là l'obligation imposée par la loi au locataire de garnir la maison d'une manière convenable, proportionnée à sa fortune et à sa position. Toute fraude pour éluder cette obligation, le défaut de son accomplissement, motiverait la résiliation du bail.

1048. — L'exécution de cette obligation par le fermier d'un bien rural serait dans bien des cas insuffisante à couvrir l'intérêt du propriétaire. On sait d'une part quel est d'ordinaire le mobilier d'un cultivateur, et de l'autre que le prix de la ferme se règle par l'étendue de l'exploitation. Exiger que le premier pût valablement cautionner le second, c'eût été bien souvent rendre tout bail impossible.

Le fermier a donc rempli son obligation en transférant, dans la ferme, son mobilier, quel-

que modeste qu'il soit. Mais là ne s'arrête pas le devoir qu'il doit remplir. Ainsi, avec le mobilier, il doit de plus garantir la ferme des instruments et ustensiles nécessaires à son exploitation, il doit de plus y engranger tous les fruits et récoltes recueillis sur la propriété.

Tout cela devient le gage du propriétaire. Celui-ci peut donc contraindre à sa réalisation, empêcher toute fraude, sous peine de dommages-intérêts; et, à défaut de paiement de ceux-ci, demander et obtenir la résiliation du bail.

1049. — Le louage d'œuvres et d'industrie rentre dans les obligations de faire, soumises aux règles générales du droit. Conséquemment c'est par les principes généraux que nous avons exposés que doit être appréciée la fraude reprochée à l'une des parties. La fraude existe dès qu'il y a d'une part refus d'exécuter le marché. Le droit d'obtenir la résiliation serait une conséquence de ce refus.

1050. — Nous avons vu que l'action *ex conducto*, ouverte en faveur du locataire, avait pour résultat de lui permettre d'obtenir la mise en possession, *etiam mœnu militari*. Cela ne saurait être dans le louage d'œuvres et d'industrie. Comme la matière du contrat est un fait purement personnel à l'ouvrier, la résolution ne peut entraîner qu'une adjudication de dommages-intérêts. On connaît la maxime *nemo potest cogi ad factum*. Ces dommages-intérêts seraient dans ce cas calculés de manière à indemniser du préjudice éprouvé par le retard de livraison de l'ouvrage commandé, et à mettre la partie poursuivant la résiliation à même de se procurer ailleurs ce que l'autre partie ne veut plus accomplir.

Celle-ci devrait de plus restituer tout ce qu'elle a reçu en avances sur le prix des travaux qu'elle se refuse d'exécuter, ainsi que tous les matériaux qui lui auraient été confiés. La restitution de ceux-ci peut être exigée en nature, et, à défaut, le conducteur¹ autorisé à s'en remplacer aux frais du locateur.

1051. — Le locateur répond des vices de construction, de ceux des matériaux qu'il fournit et des malfaçons reprochées à son œuvre. Ce principe juste en lui-même ne saurait donner lieu à la moindre difficulté de droit, la certitude du fait en amènerait l'application immédiate.

1052. — Mais ce qui sera souvent contesté,

c'est la recevabilité de l'action du conducteur, surtout si elle est intentée après l'acceptation et le paiement total ou partiel; le locateur soutiendra que les ouvrages ayant été ou pu être vérifiés avant l'acceptation, celle-ci l'a complètement déchargé de toute responsabilité, en plaçant l'ouvrage à la charge exclusive du conducteur.

1053. — La question de savoir quand il y a eu réception, et quels en sont les effets, offre donc un véritable intérêt. Il est évident que l'époque de la réception est et doit être fixée au moment de la livraison suivie soit du paiement, soit du règlement du prix. L'article 1791 l'indique en décidant que la vérification est censée faite lorsque l'ouvrage, fait en plusieurs pièces ou à la mesure, peut être vérifié par parties, pour toutes les parties payées, si le maître paye en proportion de l'ouvrage fait. Remarquons qu'on ne doit pas confondre les à-compte donnés à diverses reprises avec le paiement partiel dont parle l'article 1791. Celui-ci n'existe que lorsque la convention le stipule, ou bien lorsque les à-compte payés, concordant avec une livraison partielle, représentent la valeur juste et réelle des objets livrés. Cette coïncidence serait mieux que la preuve de la convention, elle en serait l'exécution.

Voilà donc les caractères déterminant l'époque de l'acceptation. Quel est maintenant l'effet de celle-ci?

Troplong² pense qu'elle dégage l'ouvrier, non-seulement de la force majeure, mais encore de tout recours pour malfaçons, le Code civil ayant abrogé la prescription d'abord de trois ans, réduite plus tard à un an, que l'ancien droit avait créée en faveur du conducteur.

Mais, et Troplong l'enseigne lui-même, ce principe n'est pas et ne pouvait pas être absolu, il ne peut être sérieusement invoqué que par l'ouvrier ayant employé les matériaux que le conducteur a fournis. Dans l'hypothèse contraire, le locateur répond des matériaux qu'il a livrés, et des vices détruisant ou dégradant la chose livrée, même après la livraison.

C'était justice de le décider ainsi. L'ouvrage sortant des mains de l'ouvrier a toujours une apparence parfaite; on a su dissimuler avec art les défauts de la matière, masquer les défauts qu'un usage va plus ou moins prochainement mettre à nu. Repousser les réclamations que cette découverte suscite, ne serait pas autre

¹ Nous adoptons entièrement la solution que Troplong tire des débats législatifs que la matière a subis. Nous appelons donc locateur, l'ouvrier, et conducteur, celui qui

le paye. (Voy. Troplong, art. 1710, n° 64.)

² Du Louage, art. 1791, n° 988, 991.

chose que décerner une prime d'encouragement au dol et à la fraude.

1054. — Dès lors on doit conclure que l'ouvrier est déchargé par l'acceptation de la responsabilité pour tous les vices et défauts apparents, pouvant être facilement reconnus et constatés. Quant aux vices cachés, l'acceptation ne saurait influer sur les droits du conducteur parce qu'elle a précédé leur découverte, parce qu'elle a été dès lors le résultat de l'erreur; et que cette erreur a été inspirée par la fausse apparence que l'ouvrier a su donner à la chose. On ne manquera pas d'observer cette distinction toutes les fois qu'il s'agira d'un travail dont l'ouvrier a fourni la façon et la matière.

1055. — Si l'ouvrier n'a fourni que la façon, les vices de la matière ne peuvent lui être imputés, et ses conséquences restent pour le compte du conducteur. Mais les malfaçons imputables à l'ouvrier doivent être appréciées suivant la distinction que nous venons d'établir.

1056. — L'acceptation et le paiement ne pourraient être une fin de non-recevoir pour les architectes, entrepreneurs et autres ouvriers dont parlent les articles 1792 et 1799 du Code civil. Pour eux, la loi ayant limité la durée de la garantie, leur responsabilité ne cesse qu'avec l'expiration du délai que la loi fixe à dix ans.

SECTION V.

FRAUDES DANS LES SOCIÉTÉS.

SOMMAIRE.

1057. — La société créée entre ses divers membres n'est espèce de communauté.
 1058. — Le partage du bénéfice est le but de la société. — Conséquences.
 1059. — Toute infraction aux règles qui en découlent peut constituer une fraude.
 1060. — Consentement extorqué. — Ses effets.
 1061. — Comment se règle l'association de fait qui a existé jusqu'à l'annulation, à l'égard des associés.
 1062. — A l'égard des tiers.
 1063. — *Quid* en cas de faux?
 1064. — Peut-on assimiler au faux l'abus d'un blanc seing?
 1065. — La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou qui l'affranchirait de toute contribution aux pertes est de plein droit réputée frauduleuse.
 1066. — La nullité en résultant embrasse l'acte de société et non pas seulement la clause illicite.
 1067. — Comment devrait s'opérer le règlement des opérations faites jusqu'à l'annulation.
 1068. — L'égalité entre associés obéit à d'autres principes que ceux régissant les cohéritiers.
 1069. — C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire à la contribution aux pertes. — Conséquences pour l'associé purement industriel.

1070. — Autre exception à la prohibition de n'être pas tenu de sa part dans les dettes.
 1071. — Dans quels cas la participation aux bénéfices, réservée par le créancier, constituera-t-elle une usure déguisée?
 1072. — Arrêt de la cour de cassation.
 1073. — Prétendue anomalie entre l'assurance du bénéfice permise entre associés et prohibée aux créanciers. — Motifs de la différence.
 1074. — L'assurance du bénéfice entre associés n'est valable que si elle est sérieuse et sincère.
 1075. — Obligations pour chaque associé de verser sa mise.
 1076. — Effets du refus ou du retard.
 1077. — Nature et étendue de l'obligation de l'associé industriel.
 1078. — Effets du refus ou du retard.
 1079. — L'industriel promise à la société devient, du jour de la constitution de celle-ci, la chose commune. — Conséquences.
 1080. — Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute.
 1081. — Discussion au conseil d'Etat sur ce qu'on doit entendre par faute.
 1082. — Conséquences à déduire de cette discussion.
 1083. — Effet de la fraude. — En quoi elle consiste.
 1084. — Quand devra-t-on l'admettre?
 1085. — La responsabilité, en cas de fraude ou de fautes, s'apprécie, non pas sur l'ensemble des opérations, mais relativement à chacune d'elles.
 1086. — Effet respectif de l'un et de l'autre sur la durée de la société.
 1087. — La faute motiverait suffisamment le retrait du mandat conféré à son auteur.
 1088. — En droit, l'associé ne peut poursuivre la dissolution de la société, avant son terme, à moins d'un vice en déterminant la nécessité.
 1089. — Exception autorisée par l'article 1865, mais dans les conditions qui y sont indiquées.
 1090. — 1^o Il faut que l'acte social n'ait fixé aucun terme à la durée de la société.
 1091. — 2^o Que la renonciation soit faite de bonne foi.
 1092. — Comment reconnaîtra-t-on que la renonciation n'est pas de bonne foi?
 1093. — Exemple emprunté à Pothier.
 1094. — Cette appréciation est laissée à l'arbitrage du juge.
 1095. — 3^o Que la renonciation ne soit pas faite à contre-temps.
 1096. — Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune?
 1097. — Caractère de la nullité dont elle est frappée.
 1098. — Dans les sociétés à terme, la dissolution ne peut être poursuivie qu'après l'expiration du terme.
 1099. — Causes pouvant introduire une exception. — Caractère de l'article 1871 du Code civil.
 1100. — Le refus préemptoire de l'associé industriel, de ne plus continuer la société, devrait-il en faire prononcer la dissolution, malgré les autres associés, sauf indemnité?
 1101. — Affirmative jugée par la cour de Lyon.
 1102. — Réfutation. — Moyen légal de contraindre à l'exécution.
 1103. — La dissolution légale ou conventionnelle fait cesser tous rapports entre les associés. — Ses effets immédiats.
 1104. — Nature du compte à rendre par le gérant.
 1105. — Effets de la négligence dans la tenue des écritures.

1106. — Obligation de remettre les livres et papiers.
 1107. — Effet de la soustraction totale ou partielle des livres.
 1108. — Les objections opposables au gérant doivent être opposées avant le règlement.
 1109. — Toute action en révocation est formellement prohibée par la loi.
 1110. — Action en redressement. — Ses caractères.

1057. — La société est définie par la loi : un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter¹.

La société créée donc, entre ses divers membres, une véritable communauté. Ce qui la distingue des précédentes, c'est qu'elle résulte d'un pur consentement ; c'est qu'elle suppose une réciprocité de besoin et de confiance ; c'est qu'elle est limitée dans sa durée, et qu'on ne peut devancer le terme de sa dissolution.

1058. — Le partage du bénéfice étant le but essentiel de la société, c'est à en acquérir le plus possible que doivent tendre les efforts communs. Il en résulte que l'administration de la chose commune doit être marquée au coin de la plus scrupuleuse, de la plus fidèle exactitude, et exclure toute idée de profit exclusif et personnel ; que dans le partage les proportions légalement stipulées doivent être religieusement observées.

1059. — Toute infraction à ces règles est susceptible de constituer une fraude. Or, l'existence de cette infraction peut être remarquée : à l'origine même de la société dont elle vicia le titre ; dans l'administration qu'on détournera de son objet essentiel à l'effet de la rendre pour l'un la source d'un bénéfice illégitime pour l'autre, une cause de ruine ; enfin dans la répartition après dissolution.

Ces diverses éventualités tracent le cercle de nos observations. Leur objet doit être de constater dans chacune de ces périodes les caractères constitutifs de la fraude et ses effets.

1060. — Le contrat de société est essentiellement consensuel. Il faut donc, pour qu'il soit valablement souscrit, que la partie ait agi dans la plénitude de son intelligence ; que sa volonté ait été spontanée et libre. En conséquence, si le consentement dont on se prévaut émane d'un incapable, s'il a été surpris par le dol ou la fraude, s'il a été arraché par la violence, le contrat manque d'une des conditions essentielles : *Colorem habet, substantiam vero nullam*.

On doit donc l'annuler sur la poursuite de la

partie intéressée. Mais cette poursuite peut n'être exercée qu'après la mise en mouvement de la société, lorsque le vice n'aura été découvert qu'après cette époque. Dans ce cas, la nullité peut n'être qu'un remède inefficace, car son existence, tout en rendant la société impossible dans l'avenir, n'empêchera pas qu'elle n'ait existé pour le passé ; et cette société de fait déterminera inévitablement la nécessité de procéder au règlement des opérations accomplies jusqu'à sa dissolution.

1061. — Relativement à l'associé, les bases de ce règlement sont fort simples. L'auteur du dol, de la fraude ou de la violence n'a aucun recours à exercer contre sa victime. Par rapport à lui, toutes les affaires lui demeurent personnelles, il doit en subir les effets, en supporter les pertes. Pour lui, en un mot, la nullité rétroagit jusqu'à l'origine même de la société.

Par une déduction logique de cette règle, il devrait en outre restituer la mise de fonds versée par le demandeur en nullité, ou l'indemniser jusqu'à due concurrence. Il serait encore condamné à le relever et garantir des recherches que les tiers seraient dans le cas d'exercer.

1062. — A l'endroit de ceux-ci, en effet, le demandeur en nullité ne saurait décliner la responsabilité résultant des traités qu'ils auraient faits avec la société apparente. Il suffit qu'une société de fait ait existé, et qu'un engagement ait été souscrit du nom social, pour que le porteur ait qualité et droit de recourir contre chacun des associés désignés par le pacte social. Rappelons-nous cette proposition de Pothier : un consentement, quoique surpris, n'en est pas moins un consentement obligatoire, tant qu'il n'est pas rétracté. Comment, en effet, exiger que les tiers fussent plus clairvoyants que la partie et qu'ils soupçonnassent une fraude qu'elle a elle-même ignorée ? C'est cependant ce qu'on leur demanderait si on leur refusait de faire valoir toutes les garanties sous la foi desquelles ils ont traité.

Sans doute celui que le dol ou la fraude a égaré est malheureux ; mais il n'en a pas moins coopéré à donner à l'acte cette apparence que les tiers pouvaient et devaient seuls consulter, il a le tort de s'être laissé circonvenir. Que, sur sa réclamation, ce tort n'apporte aucun obstacle à la nullité de ses engagements, c'est justice, mais ce qui ne serait pas juste, c'est qu'il autorisât la perte des droits loyalement acquis par des tiers qui y sont demeurés complètement étrangers.

1063. — Ainsi le principe de la responsabilité, en faveur des tiers, réside dans le concours purement matériel, donné à l'acte par celui qui

¹ Art. 1832 du Code civil.

se prétend trompé. Do là cette conséquence que si en fait ce concours ne s'est pas réalisé, le prétendu associé n'est tenu de rien, même à l'égard des tiers. Telle serait la position de celui dont la signature apposée à l'acte ne serait que le produit d'un faux matériel.

1064. — Devrait-on assimiler au faux l'abus d'un blanc seing, au-dessus duquel on aurait inscrit un contrat de société? Alors surtout que le blanc seing aurait été confié dans un objet déterminé?

L'affirmative a été adoptée par la cour de Paris, le 7 février 1824. Mais cet arrêt, que l'espèce sur laquelle il est intervenu peut jusqu'à un certain point justifier, nous paraît, en pur droit, s'écarter des véritables principes.

Pourquoi, dans l'hypothèse d'un faux matériel, refuse-t-on tout recours au tiers? D'abord, parce qu'en fait, la signature n'émane réellement pas de celui à qui on l'attribue; secondement, parce que la contrefaçon de la signature est un fait de force majeure que la partie intéressée n'a pu ni prévoir, ni surtout empêcher. Une responsabilité quelconque serait donc, en ce qui la concerne, un effet sans cause, c'est-à-dire une énorme injustice.

Est-ce là la position de celui qui livre un blanc seing? Évidemment non, car la remise qu'il en fait est toute volontaire de sa part, et prouve la confiance illimitée accordée à celui qui la reçoit. Conséquemment, si ce dernier n'en est pas digne, ou mieux s'il en abuse déloyalement, c'est sans doute un malheur, mais il pouvait être prévu et empêché. Le déposant s'est donc trompé, mais le tiers n'a pu avoir la présence de l'abus dont il a se plaindre, et, s'il souffre lui-même de cet abus, il doit être recevable à obtenir l'indemnité qui lui est due, même de celui dont l'imprudence a seule rendu un préjudice possible.

On connaît la belle expression d'un de nos anciens jurisconsultes : Il n'y a pas à hésiter entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Or, évidemment, le déposant s'est trompé, en accordant sa confiance à qui ne la méritait pas. Le tiers, au contraire, n'a fait foi qu'à ce qui commandait sa confiance, à la sincérité de la signature. Comment donc repousser la réparation qu'il solliciterait?

Il est une analogie qui nous parait justifier notre opinion. L'article 2279 permet de revendiquer les meubles volés; de là la question de savoir si l'abus de confiance, la violation de dépôt, l'escroquerie étaient, par rapport à la revendication, assimilables au vol? La négative a été

consacrée par la cour de cassation, dans l'arrêt que nous avons déjà cité¹.

Ce qui crée, aux yeux de la cour suprême, une différence entre le vol et ces derniers délits, c'est que, dans le premier, il y a nécessairement soustraction opérée à l'insu du propriétaire, tandis que, dans les autres, il y a remise volontaire, et que cette remise, quel qu'en soit le titre, donne au réceptonnaire la possibilité de disposer ultérieurement de ce qui en fait la matière. La même différence, se remarquant dans notre hypothèse, motive la solution que nous indiquons. Le faux n'entraîne aucune responsabilité, parce qu'il est le produit d'une voie de fait étrangère, inconnue à celui dont on a contrefait la signature ou l'écriture; parce qu'en fait l'altération de l'une ou de l'autre ne peut faire que celui-ci ait jamais concouru à l'acte; l'abus de blanc seing oblige envers les tiers, parce que l'existence apparente d'une société régulière est la conséquence d'un acte spontané et volontaire; parce que si quelqu'un doit répondre des effets d'une confiance imméritée, c'est uniquement celui qui l'a imprudemment accordée.

1065. — La loi considère comme frauduleuse la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou qui affranchirait, de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés. L'acte social, vicié par une de ces stipulations, devrait être annulé aux termes de l'article 1833 du code civil.

Une clause de ce genre ferait perdre à la société son caractère essentiel. Une réciprocité d'obligation appelle une réciprocité de droits. Grever l'un au bénéfice de l'autre, c'est méconnaître les sentiments et les devoirs imposés par l'association².

Sans doute dans celle-ci, comme dans tous les autres contrats, chaque partie doit, avant tout, surveiller ses propres intérêts; mais il est juste, comme l'observe Troplong, que cet intérêt ait un modérateur dans l'égalité, faisant le principe de toute communion, et sans laquelle la société elle-même ne serait plus qu'un monopole au profit du plus fort ou du plus audacieux, et constituerait cette combinaison que toutes les législations ont flétrie du nom de *pacte homin* et sévèrement condamnée.

Il n'y a donc pas société dans le contrat ren-

¹ *Id.*, *supra*, n° 292.

² *Cum societas jux quodammodo fraternitas in se habet.* L. 6, Dig., *pro socio*.

fermant une des clauses prohibées par l'article 1835. Conséquemment, la partie intéressée pourrait toujours en faire prononcer la nullité.

1066. — On a agité la question de savoir si cette nullité ne s'applique qu'à la clause illicite ou si elle atteindrait la société elle-même. Delvincourt professe le premier avis. La société, dit-il, serait valable; seulement, le contrat ne renfermant alors aucune stipulation relative au règlement des parts dans les bénéfices et les pertes, les parties devraient se conformer, à cet égard, à l'article 1835.

Mais cette opinion nous paraît difficile à justifier en droit. La loi pouvait suppléer au silence gardé par les parties sur le mode de répartition des bénéfices ou pertes, et c'est dans ce but qu'elle a édicté l'article 1835. Mais lorsque ce mode a été déterminé, comment admettre que le législateur puisse en imposer un tout différent? De deux choses l'une : ou les parties ont légalement usé d'un droit, et leur convention doit être validée; ou la convention est illégale et viole l'essence du contrat de société, et alors il est vrai de dire qu'il n'y a pas de contrat. C'est ce qu'exprimait ce texte d'Ulpien : *Societatem coiri non posse, et nos consentimus talem societatem nullam esse*¹. Cette opinion est celle la plus généralement adoptée par la doctrine².

1067. — La nullité affecterait donc la société en lui enlevant toute existence future. Elle l'affecterait de plus dans son passé en ce sens que les bénéfices ou pertes déjà réalisés ne pourraient être répartis conformément aux accords illégaux des parties. Il y aurait donc lieu de recourir au mode prescrit par l'article 1835. Qu'on ne dise pas que nous reconnaissons au législateur la faculté que nous lui contestons tout à l'heure; il n'y a aucune similitude entre grever l'avenir et régler le passé. Ce qui, dans cette dernière hypothèse, justifie l'intervention du législateur, c'est, d'une part, la violation de sa volonté devant laquelle on n'a pas reculé; c'est, ensuite, qu'annuler la convention comme illicite et en permettre l'exécution, eût été tomber dans la plus absurde contradiction : *Quod nullum est, nullum producit effectum*. Donc, puisque, par le fait, il y a des opérations à régler, puisque les dispositions arrêtées à cet effet sont illégales et nulles, les parties sont comme si elles n'avaient rien fait à cet égard, et l'article 1835 devient l'arbitre nécessaire de leur intérêt respectif.

1068. — Au reste, l'égalité que la loi exige en

matière de société obéit à de tout autres principes que celle prescrite entre cohéritiers ou entre époux. Ce qui est prohibé, c'est qu'un associé gaguo ou perdo tout, et l'autre rien. Mais, hors de là, rien ne s'oppose à ce que les bénéfices ou les pertes soient inégalement répartis.

Cette inégalité est le plus souvent une conséquence soit de la différence de l'apport, soit du plus ou moins d'utilité que la société doit retirer du concours personnel de tel associé. Il est juste que celui qui s'expose à perdre plus ou qui assurera à la société une plus grande somme de bénéfices, soit plus largement récompensé. La loi s'en réfère, sur ce point, à l'intérêt contradictoire des parties; elle consacre les proportions qu'elles jugent utiles de créer, pourvu que leur règlement ne soit pas le résultat du dol ou de la fraude, pourvu surtout qu'il n'atteigne pas indirectement le but que l'article 1835 a voulu proscrire.

1069. — C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire à la proportionnalité dans les pertes. Cela s'induit du texte formel de l'article 1835. Il résulte de là que, sans violer cet article, l'associé, n'ayant d'autre mise que son industrie, peut être dispensé de toute contribution aux pertes. L'associé de ce genre ne retire jamais de la société d'autre avantage que sa part des bénéfices représentant le salaire de son industrie. Conséquemment, les pertes qui diminuent ou absorbent ce bénéfice sont réellement à sa charge. Il est évident que ne retirant rien ou que ne recevant qu'une part moindre, il perd le fruit de son industrie ou tout ou en partie.

Cette perte a paru suffire aux yeux du législateur, et voilà pourquoi on a admis que cet associé pourrait être dispensé de contribuer aux pertes d'une manière plus effective. Ce résultat ne ressemble en rien à celui que la loi annule. Il y a, en effet, une différence immense entre celui qui perd au moins les fruits de son industrie et l'associé dont la mise, consistant en une somme d'argent, aurait stipulé la reprise intégrale de cette mise, quelles que soient les pertes éprouvées.

Sous un autre point de vue, la position de l'associé n'apportant que son industrie se justifie parfaitement. On considère comme liée la clause par laquelle l'associé bailleur de fonds stipule qu'il ne sera pas tenu des pertes au delà de sa mise. Or, dans l'hypothèse que nous exa-

¹ L. 29, § 2, Dig., *pro socio*.

² Voy. Dellos A., *re Société*, p. 92, n° 10; Duranton,

l. XVII, n° 422; Duvergier, n° 163 et 277; Troplong, l. II, p. 159, n° 662.

minons, l'associé pour l'industrie ne fait pas autre chose. Sa mise n'étant que les produits de son travail, il peut, au même titre, stipuler qu'il ne perdra jamais au delà de sa mise.

1070. — Il est une seconde hypothèse dans laquelle un associé est de plein droit affranchi de toute contribution aux pertes. Un capitaliste avance des fonds à une société, et, en représentation des intérêts auxquels il aurait droit, il stipule une part quelconque dans les bénéfices. Cette clause constitue, quant à ces derniers, une véritable société, dans laquelle l'unique chance pour le capitaliste est de ne recevoir aucun bénéfice, s'il n'en a pas été réalisé.

La perte excédant des opérations lui demeurerait étrangère. La seule pour laquelle il contribuerait réellement serait celle des intérêts que son capital aurait produits, s'il n'avait pas souscrit la société et stipulé une part dans les bénéfices.

1071. — Mais une pareille stipulation peut n'être qu'une fraude déguisée, qu'un moyen de masquer une usure, surtout si, indépendamment d'une part dans les bénéfices, le capitaliste avait stipulé l'intérêt de son argent au taux légal. Il importe donc de rechercher à quelles conditions on pourrait reconnaître l'existence de la fraude.

En principe, le bailleur de fonds peut cumuler l'intérêt des sommes qu'il verse et une part déterminée dans les bénéfices. C'est même là le leur habilement offert aux capitalistes, qui devraient cependant savoir, comme le leur conseille Troplong, que leurs capitaux ne sont nullement garantis et que, bien souvent aussi, ce sont ces mêmes capitaux qui sont frauduleusement employés à servir les intérêts promis¹.

Quoi qu'il en soit, la légalité de ce cumul n'est pas même contestée. Les chances auxquelles le capital est abandonné, l'incertitude des bénéfices compensent et excusent ce qui, dans la réception des intérêts et des bénéfices, excéderait le taux légal des premiers.

Il faut donc de toute nécessité, quant aux bénéfices surtout, que leur perception suive le sort des opérations commerciales auxquelles le prêteur consent à s'associer. Si la participation aux bénéfices est soustraite à cette chance, si elle consiste dans une somme déterminée au moment de l'acte, quels que soient les événements ultérieurs, il n'y aurait plus qu'un simple prêt, et le cumul des intérêts et des prétendus bénéfices constituerait une usure frauduleuse².

Ainsi, la condition essentielle à fixer est le plus ou moins de certitude, pour le prêteur, dans les bénéfices dont il stipule une part. Cette part déterminée, si les parties en font dépendre le chiffre des événements aléatoires du commerce, il y a société et, conséquemment, légalité du cumul. Si, au contraire, après avoir arrêté la quotité du bénéfice accordée, les parties la traduisent immédiatement en un chiffre dès lors invariable, il y a prêt, et prêt usuraire. La stipulation relativement aux bénéfices n'est plus que le moyen de se soustraire aux prohibitions de dépasser le taux d'intérêt voulu par la loi.

1072. — C'est ce mode d'appréciation auquel s'est arrêtée la cour de cassation. Un sieur de Massilian prêtait, en 1825, une somme de 60,000 francs à la société Ardaillon, Bessy et Comp., qui devait les appliquer à la création de hauts fourneaux. Il fut stipulé que les intérêts au taux de six pour cent seraient payables de six en six mois; on convint, en outre, qu'à partir du 1^{er} janvier 1827, époque à laquelle les hauts fourneaux pourraient être mis en activité, le prêteur aurait droit à une portion des bénéfices sociaux, qui fut presque aussitôt fixée à 21,600 francs, pour lesquels des billets furent souscrits.

Plus tard, et sur les poursuites du créancier, la société soutint que les billets contenaient une usure déguisée sous le couvert d'une association. Elle en demanda, en conséquence, la nullité.

Un arrêt de la cour de Paris repoussa cette demande et maintint la créance. « Considérant, dit cet arrêt, qu'il résulte des pièces du procès, des faits et circonstances de la cause, que les six billets de 3,600 francs chacun présentaient la part accordée au créancier dans les bénéfices que devaient procurer les hauts fourneaux, construits avec les fonds fournis par lui, laquelle part avait été réglée à forfait entre les parties;

« Considérant que la stipulation librement faite de cette part des bénéfices, indépendamment de l'intérêt légal de la somme prêtée, n'a rien que de licite, surtout dans le commerce, et qu'on ne saurait y voir le prêt usuraire prohibé par la loi. »

Mais cet arrêt, déferé à la cour suprême, a été cassé le 17 avril 1837. La cour décide, en principe, que la stipulation d'un règlement à forfait de la part des bénéfices ne saurait constituer une association; que, dès lors, se rattachant à un acte de prêt, pour lequel les intérêts légaux sont convenus, elle ne constitue qu'une usure dé-

¹ T. II, p. 110, n^o 612.

² Malpuyre et Jourdain, *des Sociétés*, chap. III, p. 20.

guisée, dont les tribunaux doivent annuler les effets¹.

1073. — On pourrait objecter que la détermination à forfait d'une somme représentant la quotité du bénéfice alloué n'a en elle-même rien d'illicite. Elle ne constitue, en effet, que la vente d'un gain futur et espéré; et cette vente, que les théologiens qualifiaient d'*assurance du bénéfice*, est incontestablement permise à l'associé². Pourquoi donc la prohiberait-on dans l'association bornée aux bénéfices?

La réponse à cette objection et la raison de la différence réelle qu'elle signale se puisent dans la position respective de l'associé ordinaire et du bailleur de fonds.

Pour l'associé, le pacte n'est valable qu'en tant que l'assurance ne porte que sur le bénéfice et laisse complètement en dehors le capital par lui versé dans la société. Conséquemment le contrat peut bien, en ce qui le concerne, diminuer la perte, mais ne l'exonère jamais en totalité de la proportion à laquelle il est tenu, puisque son capital contribuera toujours à cette perte. La qualité d'associé, qui se puise dans la nécessité de cette contribution, continue donc d'exister, quel que soit le mode convenu de sa participation au bénéfice. La vente qu'il fait de sa part, moyennant une somme déterminée, n'est donc qu'un contrat aléatoire, qu'un calcul des probabilités que l'acheteur a de son côté consultées. Elle ne viole donc aucun des principes, aucune des règles essentielles de la société. On pourrait d'autant moins la considérer comme un pacte léonin, que si le vendeur est dans le cas de gagner, il est également exposé à y perdre. En effet, les opérations commerciales peuvent produire des bénéfices tels que la somme qu'il a stipulée soit en dessous de celle qu'il aurait réellement touchée.

Le prêteur, au contraire, qui exige le remboursement intégral des avances qu'il fait et le paiement annuel des intérêts, ne se donne certes pas la qualité d'associé. Non-seulement il ne contribuera pas aux pertes, mais encore il retire de son capital tout le produit qu'il doit ordinairement produire.

Cependant cette qualité d'associé il peut la prendre, puisque, par une faveur bien entendue, on lui permet de stipuler, outre les intérêts, une part convenue dans les bénéfices. Mais cette qualité ne lui sera acquise que si les droits qu'elle lui confère restent soumis aux chances

commerciales; qu'autant qu'il demeure tenu des pertes, en ce sens que, celles-ci se réalisant, il ne touchera aucun bénéfice, ou qu'il n'aura qu'une part réduite.

Dès lors, s'il ne veut pas même se soumettre à cet aléa; si le bénéfice lui est alloué, quoi qu'il arrive, il n'a jamais eu la qualité d'associé. Le contrat, quant à la part dans les bénéfices, ne peut être considéré quo comme une conséquence, que comme une condition du prêt lui-même, et, conséquemment, que comme une usure déguisée. Dans tous les cas, il ne pourrait produire aucun effet, car il constituerait tout au moins la société léonine proscrite par la loi.

Au reste, en cette matière, la fraude est très-facile, et cette facilité avait longtemps fait hésiter la jurisprudence ancienne sur la légalité de l'assurance du bénéfice. Pothier ne l'admettait qu'à la condition que le contrat n'interviendrait pas dans un temps voisin de la constitution de la société, afin qu'on ne pût soupçonner qu'il était la conséquence d'un pacte secret opposé à la convention, pour arriver au prêt à intérêt³.

Ce motif a perdu son autorité depuis que lo prêt à intérêt a trouvé place dans la législation qui nous régit. Conséquemment l'associé peut consentir l'abonnement à forfait de sa part du bénéfice dans l'acte social lui-même. Mais cet abonnement n'est licite qu'autant qu'il y a société, c'est-à-dire qu'autant que le capital reste exposé aux chances de pertes. Le prêteur qui exigerait le remboursement du capital et le paiement des intérêts ne pourrait donc l'obtenir sans se livrer à une usure que les tribunaux réprimeraient.

1074. — Pour l'associé lui-même, la légitimité du pacte que nous examinons est subordonnée à sa sincérité. Ce que la loi autorise, c'est un contrat sérieux, offrant aux parties une chance aléatoire qui en fait l'élément essentiel. L'absence de cet élément vicierait donc le contrat.

C'est ce qui se réaliserait si le vendeur, n'ayant d'autre but que d'éviter la prohibition de l'article 1838, avait fait souscrire à son associé une convention lui assurant la totalité du bénéfice; l'appréciation de cette fraude est laissée à la prudence du juge. Mais on n'hésiterait pas à l'admettre si la somme stipulée pour prix de l'abonnement était telle qu'en la rapprochant de la nature et de l'importance de la société, il serait évident qu'elle comprend, ou à peu de

¹ D. P., 37, 1, 303.

² Troplong, L. II, p. 105, n° 638.

³ N° 27.

chose près, l'universalité du bénéfice que les parties ont pu raisonnablement prévoir et espérer.

1075. — La société régulièrement constituée impose à chaque associé des devoirs qu'il ne pourrait enfreindre sans exposer sa responsabilité. Le premier de ces devoirs consiste dans le versement de sa mise au temps convenu dans le contrat.

1076. — Le refus de ce versement motive-rail la dissolution de la société, avec obligation de réparer le préjudice pouvant en résulter. Nous rentrons ici dans l'application des principes généraux sur l'inexécution des contrats. Dans l'espèce, les dommages-intérêts seraient plus ou moins importants, suivant que le refus aurait pour cause l'impuissance ou la mauvaise foi, c'est-à-dire la faute ou le dol.

Le retard dans le versement fait de plein droit courir les intérêts. Cette dérogation au droit commun se justifie par les principes spéciaux des sociétés. L'associé, profitant, jusqu'à concurrence de son émolument, des opérations faites avec les fonds versés par ses coassociés, ne pouvait être autorisé à retenir exclusivement les intérêts des sommes dont il est lui-même débiteur au fonds capital et qu'il détient au mépris d'un engagement formel. Il y a donc équité à le contraindre à rapporter ces intérêts à la masse commune.

Mais là ne se borne pas la peine du retard. Le but de la société étant de se livrer à des opérations dans l'intérêt de tous, chaque associé s'oblige à concourir à ce but et demeure garant du préjudice que son manque de foi a entraîné. Conséquemment, si le retard qu'il a mis à s'exécuter a privé la société de la possibilité de faire une opération avantageuse, il pourra être condamné à l'indemniser d'une perte dont il est seul l'auteur.

1077. — L'associé qui n'a d'autre mise de fonds que son industrie doit consacrer cette industrie aux affaires sociales. C'est là son apport, en échange duquel il doit recevoir une part dans les bénéfices. Il doit donc le réaliser au même titre que les autres associés.

1078. — Les conséquences du refus ou du retard qu'il mettrait à s'exécuter seraient celles que nous venons d'exposer pour l'associé devant verser un capital quelconque. Elles pourraient même être plus sévèrement appréciées. En effet, son concours peut être tellement indispensable, que sans lui l'opération ne puisse être réalisée. On peut suppléer par le crédit à un besoin d'argent; on ne supplée jamais aux connaissances

spéciales dont l'exploitation est devenue la matière de la société.

Dans un cas comme dans l'autre, une réparation pécuniaire devrait accompagner la résolution du contrat, à moins, toutefois, que le refus ou le retard ne pût être imputé à la volonté de son auteur. C'est ce qui se réaliserait dans le cas, par exemple, où l'associé n'aurait été empêché que par un état de maladie légalement constaté. Nul n'étant tenu de la force majeure, la résolution, si elle était demandée, pourrait être prononcée, mais sans aucuns dommages-intérêts.

1079. — L'industrie promise à la société devient, à partir de sa constitution définitive, la chose commune à tous les associés. C'est ce qu'exprime formellement l'article 1847, en disposant que tous les gains que cette industrie a produits doivent être rapportés à la masse commune.

Il résulte de là que l'associé s'est, par le fait seul de l'association, interdit d'exploiter soit pour autrui, soit pour son compte personnel. L'industrie qu'il s'est engagé de consacrer à la société. Cette prohibition n'est que l'effet naturel et juste de l'association. Tant qu'elle existe, la disposition de tout l'apport, et notamment celle de l'industrie qui en fait l'objet, n'appartient plus à tel ou à tel associé; elle est exclusivement attribuée au corps moral, à la société elle-même. Elle ne peut donc plus être exploitée que dans son intérêt. L'obligation de lui tenir compte des gains même d'une exploitation illicite assure l'effet de la prohibition, en rendant la première sans intérêt pour celui qui oserait se la permettre.

Mais l'effet de cette prohibition se concentre sur l'industrie promise à la société. Conséquemment, si l'associé en avait une seconde, il pourrait continuer de l'exploiter pour son profit personnel. Cette faculté est cependant subordonnée à cette condition, que son exercice n'occasionnerait aucune atteinte à ses devoirs sociaux. Il ne faudrait pas, en effet, que l'une fût oubliée ou négligée l'autre. Une conduite de ce genre constituerait une fraude dont il serait dû réparation.

1080. — L'administration du fonds commun doit être dirigée dans l'intérêt exclusif de la société. C'est dans ce sens que l'article 1850 déclare chaque associé tenu, envers l'être moral qui les personifie, des dommages qu'il lui a causés par sa faute.

1081. — Dans la discussion au conseil d'État, Lacuée fit remarquer que le mot *faute* était trop

vague. On pourrait, disait-il, en abuser pour rendre l'associé responsable des événements qui auraient trompé des combinaisons exactes dans leur principe.

Treillard et Berlier répondirent que les tribunaux sauraient faire la distinction que réclame la justice; que la loi ne pouvait que s'en rapporter à eux; vainement elle entreprendrait de spécifier tous les cas de responsabilité; des spéculations raisonnables qui tournent mal sont un malheur et non une faute; tout cela doit être décidé *ex oyo et bono*; l'expression employée n'y fait pas obstacle, et il est d'ailleurs impossible de la remplacer par aucune autre qui ait un sens tout à la fois plus précis et moins dangereux¹.

1082. — Il importait de rappeler cette discussion, car elle a le mérite de bien définir la pensée du législateur et de déterminer le sens précis des termes qui la manifestent. La volonté de la loi se résume dans cette doctrine de Potbier : Chaque associé n'est tenu que de la faute ordinaire et non de la faute la plus légère. On ne peut exiger de lui que le soin dont il est capable et qu'il apporte à ses propres affaires, s'il n'a pas la même prévoyance qu'ont, dans leurs affaires, les plus habiles pères de famille. Ses associés ne doivent pas lui imputer ce défaut, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes de s'être associés avec lui².

Ainsi, les obligations d'un associé vis-à-vis la société sont celles d'un bon père de famille, ce qui signifie qu'il est responsable non pas de la faute lourde seulement, mais encore de la faute légère. Il n'y a que la faute très-légère pour laquelle on ne saurait le rechercher³.

1083. — En présence de ce résultat, il semblerait inutile de se préoccuper de la fraude. Celle-ci n'est, en effet, que la faute portée à son plus haut degré de gravité. Il y a donc un *à fortiori* incontestable pour la responsabilité de celui qui est tenu de la faute légère; mais si la fraude n'a que peu d'influence quant au principe de l'obligation, elle en exerce une puissante sur son application. Les dommages-intérêts prononcés à son occasion se calculent autrement que ceux encourus pour une simple faute. Il convient donc de rechercher ce qui la caractérise.

La fraude, comme la faute, réside dans un fait ayant occasionné un préjudice. Mais celle-ci peut être involontaire, la fraude jamais. Sans doute elle n'exige pas que l'intention mauvaise

ait été préméditée; il suffit, il faut même que cette intention ait existé au moment de la consommation de l'acte préjudiciable, car si l'acte a été accompli de bonne foi, il peut constituer une faute, mais bien évidemment on ne pourrait y rencontrer une fraude.

Cette distinction est utile et sert à résoudre les difficultés que la qualification du fait peut faire naître. Il y aura faute, si ce fait est involontaire; il y aura fraude, s'il n'est que le produit d'une volonté évidente et certaine.

1084. — Or cette volonté est légalement présumée lorsque le fait est de telle nature qu'on ne peut lui prêter un autre mobile. Ainsi, qu'un administrateur ou qu'un gérant omette de faire une opération qui eût procuré de grands bénéfices, ce peut être une faute assez grave pour engager sa responsabilité, mais cette omission n'entraîne pas nécessairement l'idée de fraude. Les motifs allégués pour la justifier peuvent même en exclure tout soupçon.

Mais si l'administrateur, si le gérant, ne s'est pas contenté de s'abstenir; si cette opération qu'il a omis de faire pour le compte de la société, il l'a directement ou indirectement réalisée à son profit, il n'y a plus seulement faute, il y a fraude. Le motif de l'abstention se place alors naturellement dans une intention de s'avantager au préjudice de ses coassociés dont il devait, avant tout, protéger les intérêts. Cette intention est précisément ce qui constitue la fraude. On présumera donc celle-ci jusqu'à preuve contraire.

Il en serait de même du cas où l'administrateur ou le gérant aurait appliqué à son profit personnel les ressources sociales ou réglé ses propres dettes par l'emploi de la signature sociale. Des faits de cette nature, en regard des devoirs que sa position lui impose, sont exclusifs de toute idée de bonne foi. Or ce n'est que l'existence de celle-ci qui peut enlever à un fait le caractère de fraude et lui faire revêtir celui d'une faute plus ou moins légère.

1085. — La responsabilité, en cas de fraude ou de faute, s'apprécie relativement à chaque opération et non sur l'ensemble de la gestion. L'associé qui procure un gain à la société n'accomplit qu'un devoir dont il ne pourrait se prévaloir pour se soustraire à la juste indemnité que sa faute ou sa fraude lui fait encourir. C'est dans ce sens que l'article 1830 prohibe toute compensation entre la perte résultant de la faute et le profit réalisé dans d'autres affaires.

¹ Procès-verbal du 5 janvier 1804, n° 18.

² Contrat de société, n° 24.

³ Troplong, art. 1830, n° 376.

1086. — La distinction entre la faute et la fraude est encore utile pour l'appréciation du droit de demander, à toutes les époques, la dissolution de la société.

La fraude confère incontestablement ce droit à tous et à chacun de ceux qui en sont les victimes. Celui qui a trompé ses associés, qui a cherché à s'avantager à leur préjudice, s'est rendu indigne non-seulement du mandat qui lui aurait été confié, mais encore de la qualité d'associé. Il a, en effet, ouvertement violé cette fraternité sur laquelle la société repose, substitué une juste méfiance à cette confiance réciproque qui en fait la base. Son passé enlève à l'avenir toutes garanties et rend conséquemment inévitable la rupture de toutes relations.

La faute, au contraire, ne donne pas nécessairement lieu à la dissolution. La bonne foi de celui qui l'a commise ne fait sans doute nul obstacle à ce qu'il soit tenu de la réparation du préjudice, mais elle doit puissamment influer sur la question de savoir s'il y a, ou non, lieu de résoudre le lien social. Il n'y a aucune assimilation possible entre celui qui, par un défaut de prévoyance ou de capacité, a involontairement causé un dommage qu'il supporte d'ailleurs lui-même proportionnellement, et celui qui, dans un but de cupidité, a déloyalement cherché à s'avantager au préjudice de ceux qui lui avaient confié leurs intérêts. On ne peut donc appliquer les règles de la fraude à la faute, à moins que, par sa gravité, elle donne lieu de suspecter la bonne foi de son auteur.

1087. — Mais la faute suffit pour autoriser le retrait du mandat conféré par l'acte social. Aux termes de l'article 1836, le pouvoir donné dans cet acte ne peut être révoqué pendant la durée de la société, à moins d'une cause légitime. Or la faute reprochée à l'administrateur ou au gérant constituerait cette cause légitime. Les associés ne députent l'un d'entre eux que parce qu'ils lui supposent l'aptitude et la capacité exigées par les fonctions qu'ils lui confient. Sa gestion les forçant à modifier leur opinion, il est juste de leur permettre de revenir sur un choix que rien ne justifie plus, et à révoquer des fonctions qui pourraient offrir des fautes nouvelles, si elles restaient dans les mêmes mains.

1088. — En thèse ordinaire, le sort d'une société, valablement et légalement constituée, ne saurait dépendre du caprice et de la légèreté d'un associé. En conséquence, la dissolution,

uniquement fondée sur la volonté de l'un d'eux, devrait être repoussée. Il en serait autrement si la dissolution n'était que la conséquence d'un vice, soit intrinsèque, soit extrinsèque, déterminant la nullité de la société, comme si, par exemple, l'acte d'une société commerciale n'avait pas reçu la publicité voulue par la loi. Chaque associé, pouvant faire valoir cette nullité, pourrait, par une déduction naturelle, faire ordonner la dissolution.

1089. — Le législateur a cependant admis une exception à l'interdiction de demander isolément la dissolution. L'article 1865 dispose, en effet, que la société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de ne plus en faire partie. Mais, cette exception pouvant devenir un instrument redoutable de fraude, on n'est recevable à en revendiquer le bénéfice qu'aux conditions suivantes :

1090. — 1° Que l'acte de société n'ait fixé aucun terme à sa durée¹. Le législateur ne s'est pas dissimulé la gravité de l'atteinte que l'article 1865 porte au droit commun ; il n'a pas perdu de vue cette maxime d'équité et de raison : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis*². Il ne s'est donc décidé à la consacrer que dans des hypothèses recommandées et légitimées par des motifs considérables.

Ces motifs, il les a trouvés dans la perpétuité de la société que l'acte laisse illimitée. En effet, indépendamment de la répugnance, à diverses reprises manifestées par la loi, pour les engagements enchaînant la vie entière, et pouvant par cela même compromettre la liberté de celui qui les a souscrits, une pareille société serait, dans bien des cas, destinée à survivre aux éléments qui en formaient la base. La confiance réciproque, l'esprit d'union et de fraternité peut ne pas se continuer perpétuellement. Maintenir la société alors que l'une et l'autre auraient disparu, par le seul effet du temps, c'était rendre la société une véritable chaîne odieuse, insupportable, contraire même aux intérêts de toutes les parties. Le désir d'éviter un pareil écueil justifie complètement la décision sanctionnée par le législateur, dans laquelle Troplong ne voit, avec raison, qu'une loi de prudence³. Or, puisqu'on n'a à le redouter que dans les sociétés perpétuelles, la condition de cette perpétuité, exigée par l'article 1869, se trouve parfaitement justifiée.

De cette condition résulte donc que l'exception la plus péremptoire à la dissolution pour-

¹ Art. 1869.

² L. 5, Cod., de oblig. et act.

³ Art. 1869, 1870, n° 966.

snivie par un des associés, réside dans la preuve qu'un terme a été convenu dans le pacte social. Or, à ce sujet, il n'est pas hors de propos de rappeler que le terme n'a pas besoin souvent d'être expressément stipulé; qu'il est naturellement indiqué soit par l'objet de la société même, soit par sa nature. C'est donc par la détermination de l'une et de l'autre qu'on résoudra si la société est ou non perpétuelle. L'existence d'un terme implicite ou explicite, faisant évanouir ce caractère, soumet la demande en dissolution aux règles tracées par l'article 1871.

1091. — 2^e Que la renonciation de l'associé soit faite de bonne foi.

Le législateur, mû par les considérations que nous venons d'exposer, n'a pas voulu consacrer des liens éternels, mais il n'a pas entendu que la faculté de les dissoudre pût, dans aucun cas, couvrir une fraude préjudiciable. C'est donc à celui qui prétend user de cette faculté à prouver qu'il remplit la condition que nous examinons, c'est-à-dire qu'il agit de bonne foi, sauf la preuve contraire, réservée de plein droit à ses associés.

1092. — Aux termes de l'article 1870, la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul les profits que les coassociés s'étaient proposé de retirer en commun. Cette intention est de plein droit présumée lorsque, après avoir renoncé, l'associé fait pour son compte personnel une opération que la société devait faire avec sa participation et son concours. *Si societatem ineamus*, dit le jurisconsulte Paul, *ad aliquam rem omendam, doinde solus volueris eam emere, ideoque renunciasti societati ut solus emeris, tenebis quanti interest mea*¹.

1093. — Pothier offre cet autre exemple d'une renonciation frauduleuse : Durant le cours d'une société de tous biens que j'ai contractée avec vous, un de mes amis, étant au lit de la mort, m'avertit qu'il m'a institué son héritier; je vais vite vous notifier que je n'entends plus être en société avec vous. Cette renonciation étant faite dans la vue de m'approprier la succession de mon ami, qui aurait dû tomber dans la société, est nulle, comme faite de mauvaise foi, et n'empêchera pas que cette succession n'y tombe, s'il y a du bénéfice².

1094. — Au reste, comme toutes les questions de fait, celle de savoir si la renonciation est ou non frauduleuse est abandonnée à la pru-

dence et aux lumières des magistrats. La loi s'est contentée de poser le principe constitutif de la fraude. De quelque manière que le juge arrive à la conclusion, il lui suffit d'établir que, dans sa conviction, la renonciation a pour objet l'acquisition exclusive du bénéfice devant tomber dans la masse commune, pour qu'il doive ne pas s'y arrêter.

1095. — 3^e Que la renonciation ne soit pas faite à contre-temps.

La loi, s'expliquant elle-même sur ce caractère de la renonciation, la déclare à contre-temps lorsqu'elle est faite dans un moment où les choses ne sont plus entières, et où il importe à la société que sa dissolution soit différée³.

Il est, en effet, des circonstances qui rendraient une dissolution immédiate désastreuse pour tous les associés. Ainsi une société de commerce a fait des achats importants. Une baisse considérable des denrées qui en ont fait l'objet lui imposerait une perte certaine, si la dissolution la contraignait de revendre actuellement. Il lui couvrait donc d'attendre, et cette convention chaque associé doit en subir les effets. Elle ferait donc repousser la demande en dissolution.

Vainement l'associé renonçant voudrait-il démontrer qu'il a, lui, un intérêt pressant à une dissolution immédiate. Dans l'appréciation de l'à-propos d'une renonciation, on doit exclusivement se placer au point de vue de l'intérêt social, sans tenir aucun compte de l'intérêt privé des associés. C'est ce qu'enseignait le droit romain : *Hoc ita si societatis interest non diremi societatem; semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis certari solet, sed quod societati expedit*⁴.

1096. — Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune? C'est de lui enlever toute validité et parlant toute efficacité. Ainsi, nonobstant la renonciation inopportune, la société continue d'exister. L'associé renonçant n'en reste pas moins soumis aux obligations et aux devoirs que sa qualité lui impose.

La renonciation frauduleuse oblige son auteur à rapporter à la masse, non-seulement le gain illicite qu'il se proposait, mais encore celui qu'il n'a pu prévoir au moment de sa renonciation et qui lui est échu depuis, pourvu cependant qu'il dut tomber en société. En effet, la nullité de la renonciation, à quelque époque qu'elle soit prononcée, remonte au jour de sa date. Conséquemment la société n'a pas cessé

¹ L. 65, § 4, Dig., pro socio.

² Des Sociétés, n^o 160.

³ Art. 1870.

⁴ L. 65, § 5, Dig., pro socio.

d'exister et d'acquérir tout ce qui devait lui appartenir.

De là il suit encore que les pertes éprouvées par la société, depuis la renonciation, ne laisseront pas que d'être proportionnellement à la charge du renonçant, et, enfin, que la société pourra le faire condamner à réparer, par des dommages-intérêts, le préjudice qu'elle a éprouvé de son défaut de concours, si ce concours, ayant paru indispensable ou utile, avait été stipulé dans l'acte social.

1097. — Au demeurant, il importe de remarquer, avec Troplong, que la nullité de la renonciation est purement relative. Tous les associés, excepté le renonçant, sont admis à la faire valoir. De là il suit que si l'opération, en vue de laquelle la renonciation a été notifiée, s'est soldée par une perte au lieu d'offrir le bénéfice espéré, cette perte peut rester étrangère à la société; que les bénéfices que la société a réalisés après la renonciation peuvent lui être exclusivement acquis. Ce double résultat serait la conséquence forcée de l'acceptation que les associés feraient de la renonciation, que seuls ils peuvent quereller.

En définitive donc, celui qui renonce frauduleusement agit plutôt contre son propre intérêt que contre celui de ses associés. Il s'expose, en effet, à voir ceux-ci soit lui demander compte du gain qu'il a illégitimement recherché et le faire contribuer aux pertes essayées depuis la renonciation; soit lui laisser exclusivement la perte faite sur l'opération frauduleuse et lui refuser sa part dans les bénéfices par eux réalisés. On peut donc dire de lui ce que le jurisconsulte Paul dit de l'associé renonçant avant l'expiration du terme convenu : *Socium a se, non se a socio liberat*¹.

1098. — Dans les sociétés dont le terme a été stipulé soit explicitement, soit implicitement, l'exécution littérale n'offre plus l'inconvénient attaché à un engagement perpétuel. Le législateur revient donc purement à la règle que nous avons déjà indiquée : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis*. En conséquence, la dissolution de la société ne peut être demandée par un des associés, avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs². L'associé qui renoncera contrairement à cette disposition ferait donc un acte sans aucune efficacité; il serait à l'instar de celui qui renonce frauduleusement ou en temps inopportun et s'exposerait aux mêmes résultats.

1099. — Les motifs pouvant légitimer la demande en dissolution sont indiqués, mais non limités par l'article 1871. C'est ce qui s'induit non-seulement de la généralité de ses termes, mais encore de l'appel qu'il fait à l'arbitrage du juge pour l'appréciation des causes qu'il n'énumère pas spécialement. Il suffirait donc que celles invoquées par l'associé fussent jugées graves pour qu'on admît la dissolution. Nous avons déjà dit que la fraude dans l'administration ferait inévitablement dissoudre la société.

1100. — Si les prétentions de l'associé sont repoussées, la société continue d'exister jusqu'à son expiration. Mais ici peut s'offrir une importante difficulté. Supposons que l'associé réclamant soit précisément celui qui est le gérant indispensable de la société, celle-ci ne consistant que dans l'exploitation de l'industrie par lui apportée; supposons encore qu'après le jugement qui refuse la dissolution, il persiste dans son projet de retraite. Comment assurer l'exécution de ce jugement? Comment refuser la dissolution, si la volonté d'abandonner la gestion est nettement indiquée au juge avant qu'il ait prononcé?

1101. — Placée dans une position de ce genre, la cour de Lyon a cru pouvoir admettre une exception à l'article 1871. Dominée par cette pensée que les obligations de faire se résolvent en dommages-intérêts, elle a pensé que la dissolution était forcée, sauf le paiement de ces dommages, et c'est ce qu'elle ordonne par son arrêt du 18 mai 1823.

1102. — Cet arrêt n'a pas seulement le tort de créer à l'article 1871 une exception que repousse la généralité de ses termes, il viole, en outre, ce principe écrit dans les règles générales en matière d'inexécution : que la partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le droit de demander le maintien de l'obligation.

Il est vrai que si l'exécution en est impossible, on doit la remplacer par une allocation de dommages-intérêts, mais l'impossibilité est ici laissée à l'appréciation de la partie intéressée, seule juge des moyens à l'aide desquels elle espère la faire disparaître.

Sans doute ces moyens ne peuvent aller jusqu'à faire appréhender le débiteur au corps pour l'obliger *manu militari* à faire ce qu'il refuse de faire. C'est ce que l'article 1142 a pour objet d'empêcher. Mais ce que la loi a pu et dû permettre, c'est de vaincre la mauvaise volonté du débiteur en rendant l'exécution d'un tel intérêt pour lui, qu'il ne puisse longtemps s'y sous-

¹ L. 65, § 6, Dig., pro socio.

² Art. 1871 du Code civil.

traire. A cet effet, l'allocation d'une somme déterminée par chaque jour de retard se recommande à l'attention du créancier, à celle de la justice.

Ainsi, quelle que soit la partie qui se refuse à remplir son engagement, elle ne saurait, se prévalant de sa propre faute, obtenir la dissolution contre l'opposition de l'autre partie. En demandant l'exécution du contrat, celle-ci ne fait qu'user d'un droit que la loi lui donne. et sur la conservation duquel la justice doit veiller. On doit donc, sur ses réclamations, maintenir le contrat, en ordonnant l'exécution sous peine de payer une somme déterminée par chaque jour de retard. Admettre la résiliation serait non-seulement violer la loi, mais encore donner une prime à l'impudence. Comment, en effet, qualifier autrement le langage de celui qui viendrait dire à ses juges : « Je ne veux pas remplir mon obligation, et cette volonté je vous défie de ne pas la prendre en considération. Condamnez-moi à des dommages-intérêts, mais déliez-moi de mes engagements. » Un pareil langage, s'il pouvait être efficace, déclèterait dans la loi une bien regrettable lacune et une impuissance qui n'existe heureusement pas.

1103. — La dissolution par l'échéance du terme de la société ou par suite d'une décision judiciaire fait cesser les rapports entre associés et substitue l'intérêt privé de chacun d'eux à l'intérêt général qui les avait unis jusque-là. Ses effets immédiats sont la liquidation et le partage.

Ce dernier est régi par les principes que nous avons déjà exposés. Le droit de chaque associé s'établit par les stipulations de l'acte social. Il reçoit les bénéfices et contribue aux pertes dans les proportions de son intérêt social.

Un effet plus immédiat encore de la dissolution, c'est de révéler le mode de gestion et les fautes que le gérant a pu commettre. Jusque-là, en effet, l'ensemble de l'administration est resté dans un certain vague que l'obligation de rendre compte doit nécessairement faire disparaître.

1104. — Ce compte doit être le résumé fidèle de la gestion, il doit avoir sa base et son contrôle dans les écritures sociales. L'irrégularité de celles-ci jette donc sur le compte des soupçons au bout desquels se trouvent bien souvent l'infidélité et la fraude.

1105. — La négligence dans la tenue des écritures est au moins une faute. Elle a pour effet d'empêcher les associés de contrôler les allégations du compte, d'en vérifier l'exactitude, d'en prouver l'infidélité. L'intérêt que le gérant a incontestablement à ce triple résultat doit

commander une extrême circonspection dans l'appréciation de sa conduite. Une allocation de dommages-intérêts, plus ou moins élevée, pourrait être la peine de la négligence, à plus forte raison d'une irrégularité flagrante.

1106. — Le gérant est obligé de restituer non-seulement les livres, mais encore tous les papiers sociaux. Le défaut de livres ou leur insuffisance est une faute extrêmement grave. En effet, elle a nécessairement les résultats que nous venons d'indiquer, et à un degré encore plus prononcé de nocuité pour les associés, d'avantage pour lui. Comment avec des écritures insuffisantes juger sainement des opérations remontant à plusieurs années? Comment recouvrer une omission, justifier une élévation dans les recettes, une exagération dans la dépense?

L'absence ou l'insuffisance des livres substitue donc le doute et l'obscurité à l'exactitude et à la précision si désirables en cette matière. La fraude peut en cet état être facilement supposée, et cette facilité, éveillant la juste susceptibilité de la justice, ferait non-seulement accueillir les modifications appuyées sur des présomptions graves, mais encore condamner l'associé chargé des écritures à des dommages-intérêts.

1107. — La soustraction totale ou partielle des livres ou écritures est une fraude caractérisée. L'intention dont elle est l'exécution ne peut être douteuse, et mérite toute la sévérité de la justice. Les associés peuvent dans ce cas demander la production matérielle avec peine d'une somme déterminée par chaque jour de retard, ou se borner à réclamer des dommages-intérêts suffisants pour les indemniser de tout préjudice.

Dans l'un et dans l'autre cas, la demande est susceptible d'être différemment appréciée, selon qu'il s'agit d'une soustraction totale ou d'une soustraction partielle.

Rien ne saurait justifier la première, mais la seconde peut être plus ou moins nuisible, selon le caractère des livres en faisant la matière. Si ces livres ne sont pas indispensables pour arriver à un règlement équitable; si le contrôle réservé aux associés peut utilement être fourni par les écritures produites, l'excuse de bonne foi pourrait être accueillie. L'intention qui a fait disparaître un livre auxiliaire, suppléé par les livres principaux, n'est pas nécessairement frauduleuse, le préjudice peut en réalité ne pas exister ou du moins n'exister que dans des proportions minimes. Or, comme c'est surtout pour réparer celui-ci que des dommages-intérêts sont dus, on pourrait soit les refuser, soit les réduire dans les mêmes proportions.

Mais si la soustraction porte sur les livres principaux, on n'aurait pas à la distinguer de la soustraction totale. L'effet étant le même, la peine serait identique.

1108. — Au reste, il importe aux associés d'opposer au gérant toutes les objections leur compétant, avant le règlement matériel du compte; après ce règlement, le compte est définitif. Toute réclamation ultérieure viendrait échouer devant l'article 541 du Code de procédure civile.

1109. — Cet article prohibe toute révision des comptes, et son applicabilité, en matière de société civile ou commerciale, ne saurait faire l'objet d'un doute sérieux. Les motifs qui l'ont dicté ne manquent pas de gravité, le législateur a compris que le comptable régulièrement déchargé de sa gestion, par un arrêté de compte, n'a plus le même intérêt dans la conservation des pièces en formant les éléments; qu'en cet état, le soumettre de nouveau à rendre son compte serait le placer dans la nécessité de faire ce qu'il n'est plus réellement en position d'accomplir.

La prohibition de l'article 541 ne reçoit exception que dans un seul cas, à savoir : lorsque l'arrêté de compte a été surpris par dol, extorqué par fraude ou ravi par violence. La preuve de l'un ou de l'autre entraînerait la nullité du contrat, et ferait remettre les parties dans le même état qu'avant. Cette exception, loin de détruire la règle, ne fait que la confirmer; ce ne serait pas en effet une révision du compte dont il s'agirait dans cette hypothèse. Le règlement frauduleux ou dolosif est censé n'avoir jamais existé, ce serait donc ce règlement qu'il s'agirait d'accomplir.

Si l'arrêté de compte n'est pas attaqué sous ce rapport ou si, reproché à ce point de vue, il a été maintenu, l'article 541 reprend tout son empire, toute révision est écartée de plein droit.

1110. — Reste l'action en redressement pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, que l'article 541 réserve lui-même. La nature de cette demande se détermine par la disposition entière de cet article. Évidemment l'action en redressement est autre chose que l'action en révision, sinon il faudrait reconnaître que le législateur a permis à la fin de l'article ce qu'il proscriit formellement au commencement.

Ce qu'il faut en conclure, c'est que par la défense de reviser le compte, la loi n'a pas voulu empêcher des réclamations, dont l'existence ultérieure ne se réalise tardivement que parce que les griefs qu'elles révèlent n'ont été découverts qu'après l'arrêté du compte. Des erreurs, des

omissions, des faux, des doubles emplois, ne doivent profiter ou nuire à personne, on doit les réparer en maintenant toutefois les effets généraux du règlement des comptes.

De là il suit que, pour être recevable, l'action en redressement doit être nettement déterminée dans son objet. On ne doit pas se borner à prétendre en termes généraux et vagues qu'on a à signaler des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois; il faut relever les articles du compte renfermant le vice reproché, fournir les pièces établissant l'erreur ou l'omission. Celui-là donc qui, sans offrir ce détail, se contenterait de soutenir qu'il est victime, qui même, sur le fondement de certaines pièces, se bornerait à prétendre que le reliquat du compte est erroné, devrait être déclaré non recevable et succomber dans ses prétentions.

En d'autres termes, l'action en redressement laisse à l'arrêté du compte toute son autorité, il y a lieu seulement d'ajouter ou de retrancher jusqu'à concurrence des sommes omises ou portées en plus. Il faut donc nécessairement signaler les articles querellés dans l'un ou l'autre sens. Se renfermer dans des généralités, ce n'est pas vouloir faire redresser le compte, c'est en demander un second ou tout au moins reviser le premier; c'est, dans l'un ou l'autre cas, exiger ce que proscriit l'article 541.

SECTION VI.

PRÊTS DANS LES PRÊTS.

SOMMAIRE.

- 1111. — Diverses espèces de prêts.
- 1112. — Nature du commodat.
- 1113. — — du prêt de consommation.
- 1114. — Prêt à intérêt. — Historique.
- 1115. — En quoi consiste l'usure.
- 1116. — Critiques du droit que se réserve le législateur de déterminer un maximum d'intérêt. — Opinion des scolastiques, de Turgot, de J. Bentham.
- 1117. — Réfutation quant à l'utilité de ce droit.
- 1118. — — quant à la convenance.
- 1119. — Réformes dont la loi de 1807 serait susceptible.
- 1120. — Défaut de proportions entre les intérêts qu'il consacre et le revenu foncier.
- 1121. — V véritable valeur de l'argent en matière commerciale.
- 1122. — Abus du taux commercial appliqué aux lettres de change souscrites par des non-commerçants.
- 1123. — Ou aux prêts commerciaux faits par nantissement ou par crédit hypothéqué.
- 1124. — Résumé.
- 1125. — L'usure ne peut exister que dans le prêt. — Simulations nombreuses qui résultent de cette condition.

¹ Chauveau sur Carré, art. 541; cass., 2 mars 1851; Bourges, 21 août 1851.

1126. — Les questions d'usure présenteront donc plutôt des difficultés sur l'intention des parties que des difficultés de droit.
1127. — Exemple d'usure dans un contrat de mariage.
1128. — Erreur dans laquelle est tombé Dollos sur la portée véritable de l'arrêt de la cour de Riom.
1129. — La doctrine de cet arrêt ne pourrait être admise sous l'empire de la loi de 1807.
1130. — Difficultés sur les droits que l'usage attribue aux banquiers, en ses de l'intérêt légal.
1131. — Nature de la commission.
1132. — — de l'escompte.
1133. — — du change.
1134. — Légalité de ces droits contestée par plusieurs auteurs, Charles, Duvergier, Fremery, notamment.
1135. — Réfutation.
1136. — L'escompte ne saurait être considéré comme un intérêt pécuniaire. — Opinion conforme de Troplong.
1137. — Nature véritable du change.
1138. — Facilité que ces divers droits donnent pour déguiser l'usure. — Conséquences.
1139. — On reconnaît la vérité de l'escompte d'abord au taux auquel il a été établi.
1140. — A la nature réelle de l'opération. — *Quid s'il s'agit d'un billet directement souscrit par le cédant lui-même?*
1141. — La même difficulté peut se présenter pour le change. — Solution.
1142. — *Quid s'il existe une supposition de lien?*
1143. — Jugement du tribunal de commerce de Marseille, confirmé par arrêt d'Aix, dans une espèce où la supposition de lien n'avait pas fait obstacle à l'existence du contrat de change.
1144. — Le droit de commission peut-il être prélevé en l'absence d'un crédit ouvert par le banquier?
1145. — Exception au principe admis par l'article 1154, en matière d'anatocisme.
1146. — La commission du banquier peut-elle être prélevée sur le solde reporté à nouveau?
1147. — Pour que la capitalisation trimestrielle des intérêts puisse être effectuée, il faut que le compte existe entre négociants, et que le compte ait été réellement arrêté.
1148. — Le banquier peut-il prélever une commission sur chaque renouvellement des billets souscrits par un non-commerçant?
1149. — Usure consistant à fondre les intérêts avec le capital.
1150. — Première objection que la preuve testimoniale fera surgir.
1151. — Deuxième objection.
1152. — La preuve de l'usure acquise, quel sera le sort de l'acte?
1153. — La rétrocession des intérêts au moment de l'acte constitue une usure.
1154. — Peut-on stipuler que les intérêts d'un capital fourni en argent seront payés en denrées?
1155. — *Quid si le prêt a été fait en denrées?*
1156. — La loi de 1807 ne régit pas le prêt qui offre une chance aléatoire. — Application de cette règle à la cause hypothécaire.
1157. — Application au contrat à la grosse.
1158. — Supposition de l'existence d'un contrat à la grosse pour déguiser l'usure.
1159. — Application de la règle concernant la cause aléatoire à la cause.
1160. — Au contrat de rente en viager.
1161. — Exemple d'usure déguisée sous l'apparence d'une rente viagère.
1162. — Exemple d'usure déguisée sous la forme d'une donation. — Comment elle s'apprécie.
1163. — Doctrine de Pothier.
1164. — Arrêt conforme de Bordeaux et de la cour de Pau.
1165. — Exception que cette doctrine comporte.
1166. — *Quid de la donation faite après paiement?*
1167. — L'usure peut résulter de l'exigence de services personnels appréciables en argent.
1168. — Comment et par quel mode reconnaît-on qu'un service est ou non appréciable en argent.
1169. — L'usure peut se déguiser sous le contrat de société.
1170. — Elle se dissimule facilement sous l'apparence d'une vente d'objets mobiliers.
1171. — Dans quels cas peut-on quereller d'usure une vente de marchandises faite par un commerçant?
1172. — La vente pure et simple d'un immeuble peut se déguiser qu'on prêt assureur. — Espèce jugée par la cour de Paris.
1173. — Reproche adressé à l'arrêt.
1174. — Nature de la vente à réméré. — Répulsion qu'elle a inspirée au législateur.
1175. — Raisons qui l'ont fait maintenir dans le Code.
1176. — Circonstances devant la faire considérer comme un contrat pignoratif.
1177. — La réunion de ces circonstances est-elle indispensable.
1178. — Nécessité de l'existence du pacte de rachat.
1179. — Effet de la vileté du prix et du pacte de rachat.
1180. — Effet du concours de celui-ci avec la relocation.
1181. — Conséquences de la déclaration que la vente n'est qu'un contrat pignoratif.
1182. — Usure déguisée sous la forme de contrat d'échange.
1183. — Devoir que cette facilité, pour l'usure, à se déguiser, impose aux tribunaux.
1184. — L'usure ne devient un délit que par l'habitude. — Mais chaque fait spécial donne ouverture à une action en faveur de la partie lésée.
1185. — Objection tirée de l'article 1341, opposée à la preuve testimoniale du délit d'habitude d'usure reconnue par la cour de cassation.
1186. — La même objection, appliquée à la poursuite de l'action de la partie lésée, consacrée par la cour de Pau, et admise par Sirey.
1187. — Le système contraire a triomphé en doctrine et en jurisprudence.
1188. — Consacré par le simple bon sens.
1189. — Faculté pour les juges d'admettre les présomptions graves et précises.
1190. — Ou de déférer le serment supplétoire.
1191. — Extrême préférence avec laquelle ils doivent procéder.
1192. — Faut-il, comme l'enseigne Chardon, ne le déférer qu'au débiteur?
1193. — Conséquences de l'usure reconnue sur l'exécution du contrat.
1194. — L'action ouverte au débiteur passe à ses héritiers et ayants cause. — Elle peut être exercée par ses créanciers.
1195. — Cette action ne peut être jointe avec celle du ministère public en répression du délit.
1196. — Ce qui est jugé sur celle-ci ne peut influer en aucun sens sur l'instance en civil.
1197. — La fin de non-recevoir tirée de la chose jugée se peut résulter que du jugement consacrant définitivement la légitimité de la créance.

1198. — Mais l'exception d'usure peut être proposée pour la première fois en appel.

1199. — L'exception de chose jugée résulterait-elle d'un jugement validant une saisie faite au vu du titre.

1200. — L'usure ne pouvant être couverte, l'action ne saurait être écartée sous prétexte de ratification ou de transaction, à moins que l'une ou l'autre ne fût réalisée après la libération.

1201. — De quel moment commence à courir la prescription?

1202. — Par quel délai est-elle acquise pour l'usure ordinaire?

1203. — Quel est le délai pour l'usure palliée?

1204. — Durée de l'exception.

1111. — La loi distingue trois sortes de prêts : 1^o celui des choses dont on peut user sans les détruire, c'est le prêt à usage ou commodat ; 2^o celui des choses se consommant par l'usage, soit le prêt de consommation ; 3^o enfin, le prêt à intérêt.

La gratuité, qui est de l'essence de chacun d'eux, ne permet guère de prévoir une fraude, de la part du prêteur surtout. Cependant, comme il en résulte pour chaque partie des obligations et des droits, la fraude consommée dans l'exécution des premières, on qui tendrait à annihiler les autres, donnerait lieu à une adjudication de dommages-intérêts.

1112. — A vrai dire, le commodat est une véritable cession de jouissance, une location, en quelque sorte. Dès lors, c'est par les règles que nous avons exposées dans notre section IV que se résoudront les difficultés soulevées sur l'exécution des obligations soit du bailleur, soit du preneur.

1113. — D'autre part, le prêt de consommation peut être assimilé à la vente. Ce qui en fait la matière, c'est la chose prêtée, qui devient la propriété de l'emprunteur et dont il peut disposer à son gré. Ce qui représente le prix, c'est l'obligation de restituer une chose de même quantité et qualité. L'exécution du prêt, c'est-à-dire la délivrance, la garantie des vices cachés, l'obligation de restituer au terme convenu, les fraudes que peuvent se permettre les parties, se trouvent donc naturellement régies par les principes que nous avons déjà exposés en parlant de la vente, et auxquels nous nous contentons de nous référer.

1114. — Nous arrivons au prêt à intérêt, qui se recommande si hautement à l'attention des magistrats et des jurisconsultes par la facilité avec laquelle il devient un instrument de fraude. Notre ancienne législation ne le tolérât qu'avec aliénation du capital et proscrivait sévèrement tout profit autre que la rente au taux légal et convenu.

Ces dispositions de la loi civile étaient conformes aux prescriptions enseignées par la théologie, Armée de quelques passages de l'Écriture. L'Église s'était formellement prononcée contre le prêt à intérêt sans aliénation du capital.

Notre intention n'est pas de discuter la vérité de cette prohibition, de rappeler les diverses phases du prêt à intérêt, les attaques qu'il a subies, la défense dont il a été l'objet ; on ne saurait, sur tous ces points, dire plus et surtout dire mieux que ne l'a fait Troplong dans sa préface du *Commentaire sur le prêt*. Nous renvoyons donc ceux qui voudraient être complètement édifiés sur les vicissitudes que le prêt à intérêt a traversées, au tableau si complet, si lucide qu'en a tracé cet habile et éminent magistrat.

Quant à nous, il nous suffit de trouver ce contrat inscrit dans notre Code pour que nous ayons à l'examiner sous le rapport de notre matière et à nous occuper des fraudes dont il peut devenir l'occasion. La principale de celles que le prêteur peut se permettre est, sans contredit, l'usure.

1115. — En droit romain, l'usure signifiait l'intérêt que l'argent pouvait produire ; en France, et à toutes les époques, l'usure n'a pas été prise dans cette acception, elle a toujours désigné le gain illicite que des prêteurs avides ont tenté de se procurer, soit par la violation expresse de la loi prohibitive, soit en stipulant des intérêts au-dessus du taux légal.

Il importe, en effet, de remarquer que toutes les législations, en admettant le prêt à intérêt, se sont réservé le droit d'en déterminer le taux. C'est spécialement ce qu'a fait le Code civil. Ainsi, après avoir permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, le législateur ajoute immédiatement : L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi ; l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas¹.

Le législateur se réserve donc la faculté de restreindre la volonté des parties et d'établir un *maximum* d'intérêt au delà duquel la convention ne créera aucun lien obligatoire. Ce droit du législateur semble au-dessus de toute contestation. Il est évident, en effet, que, puisqu'il a le pouvoir de prohiber le prêt à intérêt, il a par cela même, en le consacrant, le droit de lui imposer telles limites qu'il croit indispensables à la sécurité de l'État et à l'ordre public. Cependant ce droit a été méconnu tant sous le rapport de son

¹ Art. 1907 du Code civil.

existence que sous celui de la convenance de son exercice.

1116. — Les scolastiques, d'une part, l'ont contesté en niant *a priori* la faculté de permettre un intérêt quelconque. Retirer un intérêt alors qu'on n'aliène pas le capital, c'est, à leurs yeux, contrevir à l'esprit de la religion et violer le principe de la gratuité du prêt : *Mutuum date, nihil inde sperantes*. Cette objection a été repoussée par une plus saine interprétation des passages sur lesquels elle se fonde; on a prouvé qu'ils renferment des principes de charité sublime, plutôt que des préceptes de justice rigoureuse¹.

Turgot ne s'est pas contenté de réfuter l'opinion des canonistes. il va plus loin, et après avoir recherché l'origine et les caractères du prêt à intérêt, il soutient que ce prêt dérive du droit naturel bien supérieur à toutes les législations; qu'en conséquence la faculté d'exiger un intérêt de son argent, n'étant que la conséquence du droit de propriété, ne peut être refusée par le législateur; il lui conteste donc le pouvoir de la réglementer, la détermination du taux de l'intérêt devant être abandonnée à ses éléments naturels, c'est-à-dire aux chances du commerce lui-même.

D'autres publicistes éminents s'expriment plus énergiquement encore. L'un d'eux ne voit dans l'usure même que la liberté pour les individus de faire leur condition comme ils le jugent convenable. Il se résume, en conséquence, dans cette proposition : *Que nul homme parvenu à l'âge de raison, jouissant d'un esprit sain, agissant librement et en connaissance de cause, ne doit être empêché, même par des considérations tirées de son avantage, de faire comme il l'entend tel marché que ce soit dans le but de se procurer de l'argent, et que, par conséquent, personne ne peut être empêché de lui donner ce qu'il demande aux conditions qu'il veut bien accepter*².

Pour Bentham, le grand criterium de la sagesse et de la convenance des lois est leur utilité. Cette qualité s'apprécie dans chaque disposition légale par la proportion des plaisirs et des peines en résultant, et par la supériorité de ceux-ci sur celles-là³. Soumettant ensuite à cette double recherche les lois répressives de l'usure, il arrive à conclure qu'elles sont sans efficacité, sans avantages aucuns pour ceux mêmes qu'elles ont pour but de protéger; qu'au contraire elles engendrent, au point de vue commercial, des incon-

venients nombreux et graves; qu'elles corrompent les mœurs, puisqu'elles provoquent à la délation, à la trahison, à l'ingratitude, en offrant à l'emprunteur une récompense pour l'encourager à violer ses engagements et à décimer la main secourable qui lui a été tendue; que, dès lors, les inconvénients dépassant de beaucoup les avantages, ces lois ne sont ni convenables, ni sages. L'opinion contraire, ajoute-t-il, n'est due qu'à des préjugés que le mot usure nourrit et entretient depuis longtemps.

1117. — N'en déplaise à l'auteur, le concert de malédictions et de plaintes que l'usure a, de tous temps, soulevé, est un terrible argument contre sa thèse. L'opinion publique se trompe quelquefois, mais, quelle que soit la durée de son erreur, elle n'est jamais éternelle. La vérité finit par se faire jour et par triompher des ténèbres en obscurcissant l'éclat. C'est ainsi qu'on a vu et que nous voyons chaque jour des préjugés plus ou moins enracinés s'affaiblir, s'effacer et disparaître. Il faut donc induire, de ce que celui contre l'usure a traversé une succession de siècles sans avoir rien perdu de sa force, que, au fond, ce qui l'avait fait naître n'a rien que de très-réel. Il ne faut donc pas s'étonner qu'il ait survécu. Est-ce que les plaies de l'usure ne sont pas aussi hideuses, aussi saignantes qu'elles l'étaient dans les siècles précédents?

Nous le reconnaissons sans peine, au point de vue où se placent Turgot et Bentham, leur opinion ne manque pas d'une certaine gravité, et nous comprenons ce dernier s'écriant : Pourquoi m'empêcheriez-vous de demander le dix, le vingt pour cent d'un argent qui, par la spéculation, va en procurer quarante ou cinquante à mon emprunteur? Il est évident que, dans les hautes opérations de finance, de commerce ou d'industrie, l'usure est moins redoutable que dans les affaires ordinaires. Sa répression peut même conduire à l'anomalie signalée, mais le remède conduirait, lui aussi, à de singuliers résultats. Si on a pu, en effet, à l'origine de l'opération, stipuler un intérêt de dix ou de vingt pour cent, cet intérêt sera payable, alors même que la prévision sur laquelle il a été calculé ne se réaliserait pas et que l'emprunteur, loin de faire un bénéfice quelconque, ne retirerait qu'une perte même considérable. Serait-ce là de la justice?

La liberté illimitée réclamée par Bentham n'est donc pas dans le cas d'établir la proportion équitable entre le prêteur et l'emprunteur. Le

¹ Turgot, *Mémoire sur les prêts d'argent*, §§ 25 et suiv.

² Jérémie Bentham, *Défense de l'usure*, lettre première.

³ *Idem*, *Traité de législation*.

moyen de le faire, notre droit l'a trouvé et admis. Nous avons vu, en traitant de la société, que le bailleur de fonds pouvait, outre et indépendamment de l'intérêt légal, stipuler une part déterminée dans les bénéfices; et ce moyen, admis par l'équité, est avoué par la plus stricte justice. En effet, le prêteur ne sera pas réduit à n'avoir que le six pour cent là où l'emprunteur en touchera vingt ou trente. D'autre part, la participation au bénéfice ne se réalisera que lorsqu'il y aura un bénéfice, et ainsi l'emprunteur ne payera, en cas de perte, que l'intérêt légitimement acquis au prêteur.

On le voit, l'anomalie signalée par Bentham s'évanouit et tombe sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'abrogation des lois prohibitives de l'usure.

Au reste, l'inconvénient fût-il réel et irréparable, son existence pourrait-elle prévaloir contre les conséquences de l'usure, au point de vue dont le législateur devait surtout se préoccuper? En effet, à côté de ceux que Bentham appelle les gens à projets et dans l'intérêt desquels il réclame la liberté illimitée de l'intérêt, existent le modeste commerçant, les travailleurs, les petits propriétaires. Osera-t-on soutenir, par rapport à eux, l'innocuité de l'usure? Mais une longue et triste expérience est là pour démontrer que ses exactions ont pour résultat leur ruine tellement inévitable, qu'on pourrait prédire avec certitude le moment où elle se réalisera. En présence d'un pareil état des choses, faut-il justifier le législateur et discuter les raisons qu'on oppose à l'exercice du droit de déterminer un *maximum* d'intérêt?

Nous ne pouvons d'abord admettre que celui qui s'abandonne en proie à l'usure agisse librement et en connaissance de cause. Personne n'accepte volontairement pour sa famille et pour lui la perspective presque assurée de la ruine et de la misère. Celui qui en court la chance ne le fait donc que vaincu par une nécessité invincible, que dominé par des besoins urgents. qu'entraîné par une passion fureste. Le contraire fût-il vrai, quel motif y aurait-il pour permettre à qui que ce soit de profiter d'une volonté évidemment pervertie? La loi ne peut empêcher matériellement le suicide; elle n'a pas même cru pouvoir en consacrer la prohibition; mais elle n'hésite pas à punir celui à qui on aurait eu recours pour l'accomplir et qui se serait prêté à sa consommation. Pourquoi donc n'aurait-elle pas fait pour le suicide moral ce qu'elle fait pour le suicide physique?

Sans doute il n'appartient pas au législateur

d'imposer, comme règles obligatoires, ces préceptes d'incommensurable charité qu'enseigne la loi divine; mais ce qu'il pouvait, ce qu'il devait faire, c'était de punir celui qui, voyant son prochain se jeter aveuglément au-devant du précipice, au lieu de le retevoir, l'y plonge de sa propre main pour satisfaire une odieuse, une infâme avidité.

La répression de l'usure est donc hautement approuvée par la morale. Le droit que s'est réservé le législateur est donc parfaitement juste. Nous ajoutons qu'en le répudiant, il eût méconnu formellement la mission qu'il a à remplir.

Que l'usure touche à l'état politique des peuples, c'est ce qui ne saurait être nié sans faillir à la vérité la plus élatante. L'influence qu'elle exerce sur le bien-être des citoyens, sur le paiement des impôts, sur la tranquillité publique, la rend une question éminemment sociale et la recommande à l'attention spéciale de l'homme d'État. N'est-ce pas l'usure qui fut, à Rome, la cause de ces séditions qui menacèrent l'existence même de la république naissante? N'est-elle pas également indiquée par tous les historiens comme un des fléaux qui précipitèrent la ruine du Bas-Empire et le livrèrent en proie à l'invasion des barbares?

Oui, l'usure ne peut être considérée comme un malheur privé. Laissez-lui ses coudees franches, et vous la verrez s'attacher bientôt à tout ce qui fait la prospérité des États et en dessécher les sources. L'agriculture sera désertée, car elle ne produira pas de quoi satisfaire aux exigences d'un érécancier avide; accablé sous un joug de fer, le cultivateur cessera bientôt d'exploiter son modeste héritage, lorsque les sueurs dont il l'inonde tourneront au profit exclusif du prêteur, qui ne tardera pas, d'ailleurs, à l'en chasser. Le commerce lui-même, au nom duquel on réclame la liberté illimitée, ne pourra bientôt plus suffire à ce ver rongeur, et ne pourra que languir et s'éteindre, et l'on contesterait au législateur le droit d'intervenir! Mais comment conçoit-on la mission que l'économie politique lui impose et quelle idée se fait-on de l'intérêt public?

Qu'on ne traite pas nos prévisions de craintes pueriles, d'exagérations chimériques; nous ne faisons malheureusement que de l'histoire, dont le langage a souvent toute l'autorité d'un chiffre. Sans remonter même à des temps déjà éloignés, reportons-nous à ces temps d'entraînement qui virent proclamer la liberté absolue dans la stipulation des intérêts, et voici ce que nous trouverons: « On vit porter les intérêts à un taux excessif, vingt, trente, quarante, cinquante

« et même soixante pour cent. La France compta
« par milliers les ruines et les fortunes scandaleuses. L'usure, qu'aucun frein ne retenait
« plus, fit irruption dans la société, elle s'y implanta et y jeta des racines tellement profondes,
« que la sévérité des lois et des magistrats
« n'est pas encore parvenue à les extirper entièrement. L'ordre social eut tant à souffrir des
« ravages de l'usure, qu'on sentit le besoin de
« la proscrire de nouveau, et c'est alors que fut
« renulue la loi du 3 septembre 1807¹. »

Ainsi, dix-huit ans de liberté absolue, de 1789 à 1807, avaient non-seulement rendu le mal présent dangereux et intolérable, mais encore grevé déplorablement l'avenir. Où en serions-nous arrivés si aux réclamations incessantes des populations désolées le législateur eût répondu qu'il n'avait pas le droit d'intervenir ?

Ainsi l'utilité d'une loi répressive, ce grand *critérium* qu'exige Bentham, est parfaitement démontrée. Vainement fait-on observer que cette loi n'a pas mis fin à l'usure. Le législateur n'a pas pu être arrêté un instant par la pensée qu'on éluderait sa volonté. Tout ce qu'il devait faire d'ailleurs, c'était d'édictier une peine dans cette prévision, et c'est un devoir auquel la loi de 1807 n'a pas failli. Sans doute le mal n'est pas extirpé, mais un premier effet est obtenu. L'usure ne se manifeste plus le front haut et la démarche assurée, elle se cache, elle s'enveloppe dans le mystère et l'ombre au milieu desquels la sagacité de la justice sait et peut quelquefois l'atteindre et la punir.

1118. — La question d'utilité tranche celle de la convenance. Cependant les raisons qui ont fait contester cette dernière exigent un examen sérieux. Nous avouons même qu'en pareille matière une loi fixe, immuable, n'est pas dans la nature des choses ; qu'elle est dans le cas de substituer le mensonge à la vérité, et de se placer en contradiction avec les intérêts qu'elle a pour objet de garantir.

Qu'est-ce, en effet, que l'intérêt ? Les économistes ont beaucoup écrit sur la matière, sans cependant prendre à tâche de réduire la question dans les limites les plus nettes, dans les termes les plus simples. Say voit dans l'intérêt le profit du capital ainsi que celui du fonds de terre, et il le définit : le prix d'un service qui n'est pas un travail humain, mais qui est néanmoins un service productif, lequel concourt à la production des richesses, de concert avec le travail humain².

A travers ces expressions, qui ne pèchent pas

par un excès de clarté, Say a sans doute voulu dire que le prêt n'exige aucun travail de la part du prêteur, qui acquiert, par la disposition qu'il fait temporairement de son capital, le droit de participer au bénéfice que le travail de l'emprunteur doit faire produire à ce capital. En d'autres termes, le capital est une propriété dont la jouissance, cédée à un tiers, est susceptible de produire en faveur du propriétaire. Le prêt n'est donc, en définitive, qu'un louage dont l'intérêt est le prix. Telle est aussi, nous l'avons dit, l'opinion de Turgot.

Cela posé, il semblerait en résulter que le taux de ce loyer doit être abandonné à la libre disposition des parties, ou du moins n'obéir qu'aux fluctuations que feront surgir les causes de nature à exercer sur son cours une influence nécessaire.

Or ces causes sont : 1° l'abondance ou la rareté de l'argent. Chacun convient, en effet, que c'est là un des éléments essentiels pour la fixation de l'intérêt, dont la détermination se règle sur la quantité des capitaux disponibles et prêtâbles ; qu'ainsi le taux est naturellement bas dans les pays riches, élevé dans les pays pauvres.

Mais pour que l'abondance ou la rareté du numéraire ait une influence réelle sur le cours des intérêts, il faut que l'une ou l'autre trouve sa cause dans un fait purement commercial, à savoir : la diminution ou l'augmentation des besoins des travailleurs. Donc l'accroissement des richesses, entre les mains de ceux-ci, devra nécessairement être considéré comme le second terme de la proposition. En effet, le loyer de l'argent, considéré comme instrument de travail, sera moindre, suivant que l'argent sera plus offert que demandé. Or ce résultat ne sera pas toujours la conséquence uniquement de l'abondance du numéraire entre les mains des capitalistes, il sera surtout déterminé par la diminution des besoins chez l'emprunteur. Supposez, en effet, que les besoins soient les mêmes, l'abondance d'argent chez le disposeur ne sera pas pour lui un motif d'en abaisser le prix. Elle deviendra bien plutôt l'occasion de réaliser de plus gros bénéfices, soit en travaillant sur une plus grande échelle, soit en ne satisfaisant que les besoins de la place, à l'effet de maintenir un taux favorable à ses intérêts.

Ce qui donc influera réellement sur le prix de l'argent, c'est la position et les besoins des travailleurs. Tant que celle-ci sera précaire, tant que ceux-là seront urgents, ils seront forcés de

¹ Peitit, *Traité de l'usure*, liv. 1^{re}, p. 24.

RÉDACTION. 2.

² *Traité d'économie politique*, chap. VIII, § 2.

subir le joug des disposeurs, seuls en mesure de leur fournir l'instrument capable de les faire vivre eux et leur famille.

Que si, au contraire, leur position s'est améliorée, si le besoin de recourir à autrui se fait moins sentir, parce que, dans une certaine mesure, ils ont acquis ce qui leur est nécessaire, ils pourront à leur tour n'accepter ce qui manque au développement de leur industrie qu'à des conditions que celui qui le leur offre sera forcé d'accepter, sous peine de gaspiller son argent improductif, ce à quoi les capitalistes se résignent difficilement.

Ainsi, c'est surtout dans les besoins des travailleurs qu'il faut trouver les causes influençant le prix du loyer de l'argent. On ne doit pas cependant en exclure l'abondance de celui-ci entre les mains des capitalistes. Quelque réduits, en effet, que fussent les besoins, si les capitaux disponibles et prêtables étaient insuffisants pour les couvrir, toute baisse dans l'intérêt serait impossible.

2° Le développement de la confiance générale, représentée dans l'industrie par le développement et l'organisation du crédit. C'est encore à ce point de vue que la position des travailleurs influera puissamment sur le taux de l'intérêt. Commercialement parlant, ce taux ne représente pas seulement la valeur réelle du prix de l'argent, il doit de plus offrir une prime d'assurance pour les risques que court le prêteur, soit en raison des circonstances générales politiques ou industrielles, soit à raison des qualités et de la situation personnelle de l'emprunteur. C'est ainsi que les crises politiques ou financières exercent un contre-coup inévitable sur le prix de l'argent; c'est ainsi que, dans des circonstances égales, les maisons de premier crédit obtiendront l'argent à de bien meilleures conditions que les maisons d'un crédit moindre.

L'accroissement des richesses entre les mains des travailleurs, en affermissant leur crédit, fera évanouir d'autant les chances de perte, et amènera nécessairement l'affaiblissement de la prime que ces chances font percevoir confondue dans l'intérêt.

En résumé, le taux de l'intérêt se calcule sur le plus ou moins d'abondance de l'argent, coïncidant avec une diminution ou avec une augmentation des besoins; sur le développement du crédit devant rendre moins forte la prime d'assurance contre les dangers que court ou que croit courir le prêteur. Chacun de ces éléments est essentiellement variable, et c'est ce caractère incontestable qui est invoqué contre la conve-

nance d'une loi qui lui substitue une règle fixe et invariable. En effet, une pareille règle ne peut que favoriser le capitaliste, au détriment de la classe des travailleurs. Car, de deux choses l'une, ou la loi a été rendue dans un moment critique ou dans une époque de prospérité commerciale.

Dans la première hypothèse, le taux de l'intérêt admis par la loi se ressentira des circonstances au milieu desquelles elle aura été promulguée, et sera nécessairement dans de hautes proportions. Mais la crise cessant pour faire place à un état prospère, le taux de l'intérêt ne sera plus en rapport avec la vérité des choses, et il ne cessera cependant pas d'être exigé ou adjugé par les tribunaux.

Dans la seconde hypothèse, le taux légal sera nécessairement bas, et une crise survenant loi fera perdre toute proportion avec le prix réel de l'argent. Mais qu'arrivera-t-il? Ce que voici : les disposeurs ne se contenteront pas de cet intérêt, et ils exigeront des avantages occultes qu'on ne pourra leur refuser sans renoncer à leurs fonds, au moment précisément où le besoin s'en fera le plus vivement sentir.

C'est donc, dans tous les cas, les travailleurs qui seront lésés par l'effet d'une loi régulatrice. Cet inconvénient ne se produirait pas avec la liberté des transactions. Si cette liberté, en effet, permettait, dans la seconde hypothèse, aux capitalistes d'exiger plus, elle laisserait, dans la première, aux travailleurs la faculté de donner moins. On ne pourrait plus leur dire : Je ne vous demande que ce que la loi m'accorde.

Ces considérations incontestables accusent un mal réel et le remède indiqué serait décisif, si le législateur n'avait dû prendre en considération que ce qui intéresse le commerce dans l'acceptation légale et probe qu'il comporte. Oui, nous croyons que dans l'exercice honorable de cette honorable profession, la liberté serait plus favorable à l'équité et surtout plus conforme à la réalité des choses. Mais il est dans le commerce de très-fâcheuses exceptions, et bientôt, sous l'apparence d'une industrie qu'on exploiterait comme pour se couvrir d'un masque, l'usure s'ouvrirait une large voie et porterait ses ravages dans tous les rangs de la société.

D'ailleurs, à côté du commerce assez bien placé pour discuter les prétentions des usuriers et pour se passer d'eux au besoin, existe, ainsi que nous l'avons déjà dit, le commerce en petit, la classe des laboureurs, la petite propriété. Pour ceux-ci, il n'y a jamais de motifs pour la fluctuation des intérêts, car l'argent qu'on leur prête a pour garantie un modeste patrimoine

que l'usure a bientôt englouti. Qu'importe à un riche négociant, à qui l'argent emprunté produit le vingt ou le treute, de payer dix à douze pour cent ? L'opération est assez fructueuse pour qu'il consente à s'en contenter. Mais, comment voulez-vous appliquer une règle uniforme à ce négociant et à celui à qui un travail de tous les jours suffit à peine pour subvenir à ses besoins personnels et à ceux de sa famille ; à celui qui n'a d'autre ressource que le revenu chétif d'un modeste patrimoine dont l'entretien a été souvent l'unique cause de l'emprunt ?

Or ceux-ci, remarquez-le bien, sont les plus nombreux. C'était donc justice, dans l'examen de la question de convenance, de se décider pour le parti qui devait surtout leur profiter, et c'est ce qu'avec raison a fait le législateur.

Maintenant, qu'on compare l'état de la France avant la loi de 1807 avec ce qui s'est réalisé depuis. Sans doute le mal n'est pas extirpé, mais, en définitive, il a cessé de progresser, il a même incontestablement diminué, sans qu'il en ait trop coûté au commerce. Quelle preuve plus décisive de la convenance parfaite de la loi ?

Ainsi, à l'utilité, la législation réunit la convenance. Elle mérite donc l'approbation de tous. Aussi, lorsqu'en 1836 la chambre des députés fut saisie de la proposition de l'abroger pour en revenir à la liberté des transactions, n'hésita-t-elle pas à repousser cette proposition que personne n'a renouvelée depuis.

1119. — Ce n'est pas au reste que nous considérons la loi de 1807 comme le dernier mot sur la matière qu'elle régit. Cette loi a pu rendre service au moment de sa promulgation et à d'autres époques critiques qu'elle a eu à traverser dans ses quarante années d'existence, mais elle porte avec elle le cachet de son origine.

En 1807, la France était heureusement sortie des cataclysmes effrayants qu'elle venait de traverser, mais les affaires étaient encore bien loin de la prospérité qu'elles ont acquise depuis.

Aussi, des hommes de bonne foi, des financiers éminents, n'hésitent pas à considérer le taux de l'intérêt comme actuellement trop élevé. L'un d'eux, devant qui on parlait de l'intérêt légal, s'écriait : Dites donc l'usure légale.

1120. — Quelle proportion y a-t-il, en effet, entre le revenu de l'argent à cinq pour cent et le revenu de la propriété foncière ? Cependant leur corrélation intime intéresse, à un très-haut degré, l'agriculture, dont la désertion est aujourd'hui le sujet de tant de réclamations, de regrets et de plaintes. Comment veut-on que les froids se dirigent vers elle tant que l'argent

pourra rendre ailleurs le cinq ou le six pour cent ? Qui voudra abandonner ce produit assuré, n'exigeant aucun travail, pour chercher, après bien des dépenses, des peines et des fatigues, un revenu de deux, deux et demi, trois pour cent tout au plus.

Ajoutons que l'un des éléments que nous avons vus concourir à la détermination du taux des intérêts, ne se rencontre pas dans les prêts civils. En général, ces prêts se font tous sous garantie. Il n'y a donc pas lieu d'accorder une prime d'assurance contre un danger qui n'existe que dans des proportions indéfinissables. Le cinq pour cent représente donc uniquement la valeur de l'argent, et, comme tel, il est exagéré. Comment est-il possible que le propriétaire puisse, avec un revenu de trois pour cent, payer cet intérêt, auquel viennent s'ajouter les frais d'enregistrement, ceux de timbre, ceux d'hypothèque, les honoraires du notaire, du courtier, etc... ?

1121. — L'exagération que nous reprochons au cinq pour cent en matière civile, nous la retrouvons dans le six pour cent en matière commerciale. La preuve de cette dernière nous est fournie par les faits se réalisant journellement au vu de tous. Le banquier qui ferait le six pour cent à ses disposeurs passerait pour un homme ruiné. Aussi ce qu'il paye e'est : en temps de crise, le cinq pour cent ; en temps ordinaire, le trois et demi ou le quatre ; en temps de prospérité, à peine le trois. Cependant, à quelque époque qu'il prête lui-même, il exige le six.

On tenterait en vain d'expliquer cette différence par des raisons tirées de la position particulière des banquiers. Nous convenons que l'argent qu'ils reçoivent peut demeurer improductif dans leur caisse pendant un temps plus ou moins long ; qu'ils ont à payer des frais considérables, des commis, des ports de lettres, une patente, etc... Nous avouons que pour tout cela il leur est dû une légitime indemnité. Mais, cette indemnité, ils la reçoivent par la faculté qu'ils ont d'exiger un droit de commission, d'escompte ou de change, de capitaliser trimestriellement les intérêts. Ils ne peuvent donc, sans vouloir se la faire payer deux fois, l'obtenir en outre sur la différence de l'intérêt.

Certes nul ne peut être incriminé de ce qu'il a le moyen de prendre au trois ou au quatre ce qu'il donne au six. Tout ce que nous voulons induire de notre observation, c'est que la valeur réelle de l'argent n'est pas le six pour cent. Pour avoir celle-ci, il faudrait s'arrêter à ce que payent les maisons de premier crédit. Si elles donnent le trois ou le quatre pour cent, c'est que l'argent

vaut à peine ce taux. Remarquons, en effet, que la prime d'assurance comprise dans le six pour cent, les maisons de premier crédit la supportent également, quoique sur des proportions moindres.

1122. — Un autre reproche à faire à la loi de 1807 nous est inspiré par l'exécution qui lui a été donnée, à savoir : d'autoriser la perception de l'intérêt commercial entre personnes non commerçantes et pour une opération qui n'a au fond rien de commercial. Il suffit, en effet, qu'un propriétaire, qu'un cultivateur souscrive une lettre de change, pour qu'il doive payer le six pour cent.

Ce résultat est surtout remarquable en ce sens que le prêteur, s'il portait son argent chez le banquier, recevrait le quatre pour cent. Mais, prêtant à un cultivateur, il reçoit le six. Ainsi, s'il consentait un prêt réellement commercial, il ne retirerait pas même l'intérêt civil ; il fait un prêt civil, il perçoit l'intérêt commercial. Singulière et étrange anomalie !

Ce qu'on objecte pour la justifier, c'est que la souscription d'une lettre de change est un acte commercial. Mais cette objection a le tort de s'arrêter à la surface et de sacrifier le fond à la forme, la réalité à la fiction. Ce qui fait que la loi donne à l'intérêt commercial un taux plus élevé qu'à l'intérêt civil, c'est qu'elle suppose que la somme empruntée est immédiatement versée dans le tourbillon des affaires¹. A cette présomption se rattachent deux idées qui justifient l'élévation de l'intérêt : 1° une idée d'un bénéfice considérable pour l'emprunteur ; 2° une idée d'un danger pour le prêteur dans la chance de perte que court le capital ainsi exposé.

Rien de pareil ne se réalise dans l'emprunt contracté par un propriétaire ou par un cultivateur. L'un et l'autre ne sont réduits à le faire que par des besoins qui n'ont rien de commercial, et c'est à satisfaire exclusivement à ces besoins que seront affectées les sommes empruntées. Les condamner à en supporter l'intérêt au taux commercial, c'est aggraver leur position sans nécessité, c'est leur imposer une charge sans qu'ils aient été jamais dans le cas de jouir de la chance favorable dans laquelle le commerçant peut trouver une compensation à l'obligation qu'il assume.

On fait donc produire à la forme de l'acte un résultat que la loi semble avoir attaché à la qualité de la partie ; cela est d'autant plus injuste, qu'en signant une lettre de change, le débiteur

n'aura fait que céder à des exigences qu'il n'eût pas voulu de repousser. Le créancier imposera cette forme d'abord pour avoir six au lieu de cinq, ensuite pour obtenir la faculté d'agir par voie de contrainte par corps, ce qui est une garantie d'autant plus écurgieuse que sa mise à exécution entraîne l'aliénation du bien dotal lui-même. On conçoit dès lors que le créancier tiennne à ce mode d'obligation, qu'il en fasse la condition du prêt, et qu'il se procure ainsi un surcroît d'intérêt avec un surcroît de garantie.

L'intérêt commercial est donc injuste, lorsqu'en réalité l'argent prêté ne doit point devenir le sujet d'opérations de commerce, c'est-à-dire lorsqu'il est impossible de rencontrer d'une part le danger de perte, de l'autre la chance d'un bénéfice considérable, éléments que la loi a pris en considération dans la détermination du taux de l'intérêt. Leur absence laisse donc l'intérêt commercial sans aucun motif plausible et devrait en conséquence entraîner le refus.

1123. — Nous en dirons autant du cas où le prêt fait à un commerçant est entouré de garanties telles qu'on se met à couvert des chances de pertes, en regard desquelles l'intérêt a été porté à un taux plus élevé. C'est ce qui se réalise dans le prêt fait sur nantissement, et dans celui qui ne se consomme que sur un crédit hypothécaire. Il n'y a pas, dans l'un et dans l'autre cas, ces chances aléatoires que l'idée du commerce entraîne, quelle que soit la condition future de l'emprunteur. Qu'elle se termine par une faillite, le prêteur rentrera dans ses fonds, il percevra même l'intérêt au six pour cent, il a donc un avantage sans avoir couru les dangers que la loi considère comme une juste compensation.

1124. — En résumé, nous avons prouvé que le législateur a le droit d'intervenir dans la détermination du taux des intérêts ; que l'exercice de ce droit, sans déraciner le mal, l'atténue en réalité et en ralentit les progrès ; qu'à ce double point de vue, cet exercice est utile et conséquemment convenable ; enfin que la loi de 1807 n'est plus aujourd'hui dans de justes rapports avec la vérité des choses, et que l'intérêt qu'elle consacre est trop élevé ; que, dans l'exécution qu'elle reçoit, on arrive à des anomalies qu'il importerait de faire disparaître. Puisse la juste réforme que nous signalons frapper enfin l'attention du législateur et lui suggérer des dispositions dont l'urgence ne saurait, à notre avis, être méconnue !

Mais, en attendant, la tâche du jurisconsulte étant d'accepter les lois telles qu'elles existent,

¹ Art. 638 du Code de commerce.

nous allons nous livrer à la recherche de l'usure dans les nombreux et divers déguisements dont elle a soin de s'envelopper.

1125. — L'usure consistant à s'attribuer une bénéfice excédant le revenu légal de l'argent, il est évident qu'elle ne saurait exister que dans le prêt. Mais cette condition essentielle n'aboutit fatalement qu'à ce résultat, à savoir : que les usuriers s'efforceront de déguiser leur opération sous l'apparence d'un autre contrat. Comment, en effet, se promettre un succès quelconque s'ils contractaient un prêt pur et simple ? La quotité de l'intérêt, rapprochée du capital, trancherait immédiatement la question de la légalité du premier et amènerait sûrement la répression de l'usure. Les dangers de cette franchise en font concevoir l'impossibilité. L'usure veut réussir, et, pour cela, il lui faut tout d'abord faire illusion sur l'acte même qui la cache.

1126. — Les questions d'usure seront donc des questions d'interprétation de l'intention des parties, il faudra presque toujours délaisser le texte de la convention pour en rechercher l'esprit. Quels seront les éléments de cette recherche ? C'est ce que nous allons apprécier suivant la nature apparente du contrat ; ce que nous devons dire tout d'abord, c'est que l'usure, avec une adresse infernale, sait se glisser partout ; elle a même osé s'en prendre au contrat de mariage ; c'est ce que nous apprend une espèce jugée, le 12 mars 1852, par la cour de Riom.

1127. — En 1806, contrat de mariage du sieur Cheminat avec la demoiselle Mosnier. On constitue à la future une dot de 5,000 francs payables dans un an avec intérêt au cinq pour cent jusqu'à cette époque, et avec intérêt au dix pour cent passé cette époque, la dot était alors considérée comme un prêt d'argent.

En 1827, commandement du sieur Cheminat au sieur Mosnier pour avoir à payer, outre les 5,000 francs, 9,250 francs pour les intérêts courus jusqu'alors, à raison de dix pour cent. Opposition fondée sur ce que les intérêts courus depuis la loi de 1807 ne sont dus qu'à raison de cinq pour cent. Jugement qui le décide ainsi.

Mais, sur l'appel, ce jugement est réformé, et les intérêts adjugés au taux du contrat de mariage¹.

1128. — Dalloz, dans le sommaire dont il fait précéder l'arrêt, le résume dans cette proposition : On peut, sans qu'il y ait usure, stipuler

dans un contrat de mariage des intérêts au-dessus du taux légal. Dans la note dont il l'accompagne, il lui reproche d'être, tout à la fois, contraire à la loi, à la lettre du contrat et à l'esprit des conventions matrimoniales.

Nous serions complètement de cet avis, si nous pouvions admettre que la cour de Riom a réellement décidé en principe que la loi de 1807 doit rester sans application aux conventions matrimoniales.

Il est vrai que son premier motif parait tendre à ce but, mais il est impossible d'isoler ce motif de l'espèce sur laquelle il est intervenu, et qui en explique nettement la portée.

Le contrat de mariage soumis à l'examen des magistrats portait la date de 1806. Or, à cette époque, on pouvait, dans un contrat de mariage, stipuler des intérêts au-dessus du taux légal, par l'excellente raison qu'on le pouvait dans tout autre acte. D'une part, en effet, la loi de 1807 n'avait pas encore été promulguée ; de l'autre, l'article 1907 du Code civil permettait à l'intérêt conventionnel de dépasser l'intérêt légal toutes les fois que la loi ne le défendait pas, et aucune défense n'avait été faite avant la loi de 1807. Conséquemment l'appréciation de la cour, au point de vue de la législation régissant le contrat, était parfaitement juridique, une solution contraire à celle par elle adoptée eût été infailliblement censurée par la cour de cassation.

Donc cette décision devait non-seulement valider la stipulation, mais encore en ordonner l'exécution nonobstant la loi de 1807. Indépendamment du principe de la non-rétroactivité des lois, le législateur de 1807 déclare expressément qu'il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la présente loi. Aussi a-t-il été admis en jurisprudence que, quel que fût le taux de l'intérêt, la convention des parties antérieure au 3 septembre 1807 devait recevoir son entier effet, après comme avant la loi de cette époque.

La seule modification admise consiste à restreindre la validité de la clause aux intérêts réglés par le contrat. A défaut de stipulation, ou si les intérêts n'ont été convenus que jusqu'à l'échéance, les intérêts courus depuis, sous l'empire de la loi de 1807, ne peuvent être exigés qu'au taux déterminé par celle-ci². Or il est à remarquer que, dans l'espèce jugée par la cour de Riom, les intérêts avaient été stipulés jusqu'à

¹ D. P., 32, 2, 50.

² Poitiers, 8 février 1825, cass., 13 juillet 1829 et 16 jan-

vier 1837 ; *Journal du Palais*, t. 1^{er}, 1837, p. 306 ; Bordeaux, 13 août 1829.

payement effectif, l'époque de ce payement étant laissée à la volonté exclusive du débiteur; sous ce rapport encore sa décision était irréprochable.

1120. — Pourrait-on décider de même dans une espèce postérieure à la loi de 1807? Non évidemment. La liberté des stipulations matrimoniales est l'objet d'un profond respect de la part du législateur, mais elle a des bornes, et ces bornes sont naturellement marquées par les convenances de l'intérêt public et des bonnes mœurs. A cet égard, l'article 1387 du Code civil s'en explique de la manière la plus expresse.

Or stipuler un intérêt supérieur au taux légal, c'est violer une loi formelle, c'est préparer les éléments d'un délit puni correctionnellement, c'est, en un mot, offenser la morale et l'ordre publics. Une pareille stipulation se trouverait donc dépourvue de tout lien légal et ne saurait conséquemment produire aucun effet.

Le caractère d'illégalité ne saurait être purgé que si la loi de 1807 eût formellement excepté le contrat de mariage de l'application de ses dispositions. Or, non-seulement cette exception ne s'y rencontre pas, mais elle est encore repoussée par la généralité de ses termes. De plus, une pareille exception eût été quelque chose de monstrueux aux yeux de la morale. Conçoit-on quelque chose de plus odieux que l'autorisation donnée à un fils d'usurer son père et de le conduire ainsi à une ruine complète? Remarquons en effet que la barrière levée, il n'y a pas de raison pour qu'on ne stipule pas le vingt, le trente, le cinquante pour cent. En effet, les mêmes motifs, justifiant le chiffre le moins élevé, justifieraient le taux, quel qu'il fût, et le cinquante pour cent, là où l'on admettrait comme tel le sept ou le dix pour cent, deviendrait très-licite.

Eh! tout cela de père à fils! Tandis qu'on ne saurait exiger d'un étranger une obole de plus que le taux légal, on puiserait dans les liens sacrés de la nature et du sang la faculté de dévorer la substance de sa propre famille et de ruiner son avenir! Non, une pareille monstruosité ne pouvait être consacrée, elle ne se discute même pas.

Tenons donc pour certain que la prohibition de la loi de 1807 concerne le contrat de mariage, comme tous les autres contrats. La stipulation d'un intérêt supérieur au taux légal qu'il renfermerait resterait non-seulement sans efficacité pour l'avenir, mais encore pour le passé et pour le présent. Ce qui, dans les paiements opérés,

dépasserait le taux légal serait sujet à répétition ou à imputation.

1130. — Une difficulté beaucoup plus sérieuse est née à l'occasion des droits que l'usage autorise les banquiers à prélever dans les négociations constituant leur industrie. Ces droits sont :

1^o La commission; 2^o l'escompte; 3^o le change.

1131. — La commission est le salaire dû au banquier pour prix de ses peines et soins, pour l'indemnité de l'obligation dans laquelle il est d'avoir toujours en caisse des sommes suffisantes pour pourvoir aux besoins même imprévus du commerce. Le banquier n'est pas seulement un capitaliste disposant de ses fonds, il doit se procurer ailleurs ce qui est nécessaire pour l'exploitation de son industrie. Il a dans cet objet un comptoir dont il doit payer le loyer, des commis qu'il salarie, une patente à supporter, des frais de correspondance et autres à satisfaire. Tout cela, dit Troplong, explique la légalité du salaire qu'il exige en sus de l'intérêt légal ¹.

1132. — L'escompte est la somme prélevée par le banquier lorsqu'il fournit de l'argent comptant contre une créance à terme. Ce prélèvement se règle proportionnellement à la perte que le papier éprouve et au délai à courir jusqu'à l'échéance du titre négocié.

1133. — Enfin le change est l'indemnité exigée pour l'achat au comptant d'une créance à recouvrer sur une autre place : *Emptio redditio pecunie absentis, pecunia presentis* ². Le taux de cette indemnité se calcule ordinairement sur la position de la place où la négociation s'opère, relativement à celle où le payement doit être effectué.

1134. — Les plus simples notions de l'équité, les nécessités réelles du commerce semblent placer la légalité de ces droits au-dessus de tout reproche. Il est évident en effet que celui qui se livre au commerce de la banque, qui en brave les périls, qui en supporte les dépenses, doit rencontrer dans son exploitation non-seulement l'intérêt intégral de son argent, mais encore le remboursement de ses frais, mais enfin le revenu des peines et soins qu'il prend personnellement, et *in summa*, dit l'auteur italien que nous venons de citer, *non convenit ut mercator, qui dat pecuniam presentem pro pecunia absentis, ponat operam et sudorem ad aliorum utilitatem*.

Cependant des auteurs graves, tout en admettant leur existence, en ont contesté la légitimité,

¹ Du Pré, n^o 382.

² Scacini, Quest., t. I, n^o 421.

en tant que leur taux dépasserait celui de l'intérêt légal. La commission, l'escompte, le change, ont-ils dit, ne sont qu'un intérêt conventionnel; ils ne peuvent donc, dans aucun cas, atteindre à des proportions autres que celles fixées par la loi de 1807; en tolérer d'autres, c'est autoriser l'usure¹.

1135. — Il ne faut pas que la haine de l'usure fasse méconnaître ce que la justice exige. Or la définition que nous venons de donner des droits alternativement perçus par les banquiers, en justifiant leur légitimité, repousse également l'objection faisant le fondement du reproche que nous combattons. Non, la commission, l'escompte et le change ne peuvent être assimilés à l'intérêt. Celui-ci, nous venons de le dire, est le loyer de l'argent. Il est dû par cela seul qu'il y a prêt, quels que soient le caractère et la profession de celui qui le consent. C'est ainsi que le simple capitaliste, prêtant sous la forme commerciale, retirera le taux de l'intérêt commercial, c'est-à-dire le six pour cent.

Mais, nous venons de le dire, le banquier n'est pas seulement un capitaliste, il exerce en outre le commerce dans toute l'acception de ce mot. Son industrie est d'acheter et de vendre de l'argent ou des valeurs. Cette industrie consomme d'abord tous ses moments, lui impose des frais considérables, une correspondance fort étendue, l'expose à de nombreux sinistres.

En fait, encore, l'exercice de cette industrie est d'une utilité incontestable pour le commerce. C'est chez lui que toutes les branches d'industrie trouvent les ressources nécessaires, dans tous les temps, à toutes les époques, alors même que les capitalistes, effrayés par les crises commerciales ou politiques, s'empressent de retirer et de resserrer leurs fonds.

Il faut donc, pour cet auxiliaire aussi puissant qu'indispensable, l'éventualité d'un bénéfice de nature à l'encourager dans l'exercice de sa délicate profession. Sera-ce dans l'intérêt légal qu'il la rencontrera? Mais, cet intérêt, il le percevra par le simple placement de ses fonds, pour lesquels il pourra de plus exiger des garanties que la rapidité des opérations commerciales ne lui permet pas de demander, et, si on veut le réduire à cet intérêt seul, il se hâtera de prendre la place qu'on lui fait réellement.

Car, chose remarquable dans l'opinion que nous combattons, c'est qu'en mettant le banquier sur la même ligne que le capitaliste, on

lui fait une position pire que celle du simple prêteur. Celui-ci, en effet, profitera intégralement du six pour cent qu'il est autorisé à exiger. Le banquier, au contraire, sera délaissé d'en distraire d'abord l'indemnité de ses frais de loyer, de bureau, de patente, de correspondance, le salaire de ses commis. En réalité donc, il ne profitera pas de ce six pour cent auquel on veut, dans tous les cas, le réduire.

Que résultera-t-il de cet état d'infériorité marquée? C'est que le commerce de la banque sera déserté; que celui qui pourrait s'y livrer préférera demeurer simple capitaliste et s'exonérera ainsi des tracasseries et du danger des affaires, de la nécessité d'y consacrer son industrie dont le produit augmentera l'intérêt intégral qu'il retirera de son argent; des chances nombreuses que présente le chapitre des faillites.

Cette désertion porterait un coup funeste au commerce et à l'industrie, et c'est pour la prévenir, autant que pour obéir à une idée de justice, que de tous les temps on a autorisé le banquier à percevoir une légitime indemnité, au delà de l'intérêt légal. Ainsi, sous notre ancienne législation, alors que le prêt à intérêt n'était permis qu'avec l'aliénation du capital, on ne contestait en aucune manière la commission qu'exigeaient les banquiers. Depuis le Code, ce droit n'a cessé d'être proclamé par la jurisprudence.

Ce qui est vrai pour la commission ne saurait pas l'être pour l'escompte et pour le change. On ne saurait voir dans le premier un intérêt conventionnel, car, pour qu'il y ait intérêt, il faut qu'il existe un prêt. Or l'escompte, ainsi que l'enseigne la doctrine, est plutôt un achat qu'un prêt.

Dans le prêt ordinaire, en effet, le prêteur n'a pas pour objet de se procurer un titre qu'il revendra lui-même quelques jours après. S'il donne son argent, c'est pour en retirer l'intérêt, c'est pour attendre l'époque de l'exigibilité qui le fera rentrer dans la possession de son capital. Le banquier, au contraire, n'escompte le titre que pour le revendre, et il court la chance soit de ne pouvoir le faire, soit d'être obligé de le faire d'une manière onéreuse.

De plus, et dans la première hypothèse, qui sait si, à l'époque du paiement, le capital qu'il recevra vaudra pour lui le capital qu'il donne au moment de l'opération? Il peut se faire, en effet, qu'au moment du remboursement, les affaires éprouvent de la stagnation; qu'il y ait peu d'escompte à faire et qu'il soit conséquemment obligé de garder oisifs dans sa caisse des fonds qu'il aurait, huit jours plus tôt, placés à

¹ Chardon, t. III, n° 489; Duvergier, n° 293; Fremery. *Études sur le droit commercial*, p. 80.

des conditions avantageuses. Ce sont là des chances qu'un banquier prudent ne doit pas négliger et dont il est juste de lui tenir compte.

1136. — On ne peut donc voir dans l'escompte un intérêt conventionnel. Il n'est en réalité qu'un achat du titre, achat soumis à de telles chances aléatoires qu'il suffirait de ce caractère pour l'affranchir de l'application de la loi de 1807. Ces chances consistent dans l'époque de l'échéance encore plus ou moins éloignée, dans la difficulté de la revente, dans les dangers que court l'acheteur, dans l'incertitude de l'état des affaires au jour du paiement. Ainsi, observe Troplong, l'échéance qui précède une foire est plus avantageuse que celle qui arrive après que la foire est fermée. Gardons-nous donc de méconnaître toutes les circonstances aléatoires d'où naît une chance appréciable, distincte de l'intérêt et susceptible de vente ¹.

1137. — Le change, à son tour, n'est à proprement parler qu'un escompte, à cette différence : que le titre faisant l'objet de celui-ci peut être payable sur place, tandis que le change ne peut exister qu'en tant que la valeur négociée est payable dans un autre lieu que celui où s'opère la négociation. Dès lors, les motifs qui justifient l'escompte justifient le change dans lequel non plus on ne saurait voir un intérêt conventionnel.

Une raison spéciale au change, c'est que le paiement devant nécessairement s'opérer dans un lieu plus ou moins éloigné du domicile du banquier, celui-ci doit être autorisé à percevoir une indemnité suffisante pour les peines et soins, pour les dépenses qu'occasionnera l'obligation d'aller chercher ce paiement sur une autre place, et le danger que présente le voyage que l'argent doit faire du lieu du paiement au domicile du banquier, *quia emens monetam absentem, debet majora onera et pericula subire, in eam conducendo* ².

Un autre élément essentiel du change est la cherté du papier, résultant des opérations commerciales et de la position respective de la place où s'opère la négociation et de celle où doit s'effectuer le paiement. Supposez que des négociants de Lyon aient à payer de fortes sommes à Paris ou à Marseille, le papier sur ces dernières places sera fort recherché, car les débiteurs préféreront envoyer des valeurs plutôt que d'expédier des espèces, ce qui coûte beaucoup plus et offre plus de dangers. Dans le cas contraire, si

les Lyonnais ont à recevoir de Marseille ou de Paris, le papier sur ces deux places sera nécessairement délaissé. Dans le premier cas, le change sera moins élevé que dans le second, car le défaut d'emploi rendra celui-ci onéreux pour celui à qui on offrira de négocier. Dans l'un et dans l'autre cas, il est évident que l'opération n'affecte en rien les formes d'un intérêt conventionnel.

Il est vrai que dans l'escompte comme dans le change, le cédant reste ordinairement garant du paiement par l'endossement qu'il souscrit en faveur du cessionnaire. C'est le cumul de cette garantie et de celle des divers signataires qu'on met en avant pour refuser toute indemnité au delà de l'intérêt légal. A cette objection de Fremer, Troplong répond que ces garanties accumulées ne sauraient prévaloir sur les raisons décisives qui militent en faveur de l'indemnité. Les garanties peuvent échapper, et l'on voit tous les jours les meilleures signatures devenir mauvaises. Ces fréquentes non-valeurs, auxquelles est exposé le commerce de la banque, ne sont-elles pas une preuve qu'un doute raisonnable peut peser sur la chose jusqu'au paiement, et que, dès lors, le banquier a droit d'en être indemnisé? Ajoutez que le banquier doit faire les diligences pour le recouvrement; qu'il est responsable d'une complaisance, d'un retard, d'une omission ³.

1138. — Ainsi se trouve légalement justifiée, dans son origine, la perception des droits de commission, d'escompte et de change. Mais, il faut le reconnaître, ces diverses opérations se prêtent merveilleusement à favoriser l'usure. Il convient donc que l'attention des tribunaux, constamment excitée, ne cesse de veiller à leur sincérité, et de proscrire avec sévérité tout ce qui ne ferait qu'emprunter leur forme pour déguiser une opération usuraire.

1139. — L'appréciation de la vérité, en matière d'escompte, reconnaît un élément essentiel dans le taux auquel il a été opéré. Nous venons de voir que celui du change dépend des circonstances pouvant être vérifiées, il en est à peu près ainsi de celui de l'escompte. L'abondance ou la rareté des espèces, la date plus ou moins reculée de l'exigibilité exercent une grande influence sur la détermination, c'est donc au cours du moment qu'il convient de s'en référer. Celui qui n'aurait retiré que ce que l'usage commercial lui permettait, se placerait, à l'endroit de son opération, à un point de vue favorable.

¹ Du Préf., n° 373.

² Scaccia, Quest., t. I, n° 424.

³ Du Préf., n° 375.

1140. — Une seconde condition ouu moins essentielle, c'est qu'il s'agisse d'une opération réellement susceptible d'escompte, c'est-à-dire d'une cession d'un titre. Cette condition est difficile à saisir, lorsque la valeur escomptée émane directement de celui qui la présente à l'escompte. Rien ne sépare plus ce contrat d'un prêt ordinaire, et l'opération de banque n'est guère présumable lorsque la partie ayant besoin d'argent va trouver l'autre, et, en échange des sommes qu'elle en reçoit, lui remet un titre qu'elle souscrit.

Aussi, dans plusieurs circonstances, n'a-t-on vu dans cette opération qu'un simple prêt exécutant toute idée d'un escompte sérieux, et ne pouvant, sous peine d'usure, produire autre chose que l'intérêt légal, et cette appréciation a reçu la sanction de la cour de cassation¹.

Une appréciation contraire a été adoptée par la cour de Paris, le 18 janvier 1855, et par la cour de cassation, le 10 avril 1840². Ce qui explique la contradiction entre ce dernier arrêt et celui de 1850, c'est que les questions de cette nature donnent lieu à des arrêts, non de doctrine, mais d'espèces. En effet, tout s'y résout dans une difficulté de fait, pour la solution de laquelle les tribunaux et cours ont une latitude souveraine. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la cour de cassation, du 19 février 1850, rejetant le pourvoi : « Attendu qu'il suit des faits constatés par les juges du fond, *à qui l'appréciation en appartient exclusivement*, qu'il a été fait une juste application de la loi du 5 septembre 1807. »

Le fait présente bien moins de doute lorsque les valeurs négociées, étant souscrites à l'ordre de celui qui les offre à l'escompte, sont par lui endossées au banquier qui les accepte. L'opération est alors certaine et le droit d'escompte légalement prélevé. On pourrait, dans ce cas, en obtenir la réduction s'il avait été stipulé au delà du taux de la place, mais jamais le faire intégralement supprimer sous prétexte d'usure³.

1141. — La difficulté que nous signalons pour l'escompte s'offre également pour le change, lorsque la lettre de change est tirée par celui qui la négocie. Mais, dans cette hypothèse, il se présente un élément de nature à exercer sur la solution une grave influence, à savoir : si le tiré est réellement débiteur au moment de la création du titre, l'affirmative fixe la vérité des choses en établissant la réalité du contrat de change. Il importe fort peu, en effet, pour sa perfection, que la lettre de change soit souscrite

ou non par le débiteur, il suffit que la somme pour laquelle elle est tirée soit due et payable dans un autre lieu que celui de la négociation. Or, c'est ce qui se réalise lorsque le tiré est réellement débiteur du tireur.

Si, au contraire, le tiré ne doit rien, s'il n'a jamais rien dû, son nom ne figure que pour la perfection du titre, et rien ne distingue plus cette opération d'un simple prêt sous forme d'une lettre de change. Les juges peuvent ne voir dans la prétendue négociation qu'une simulation employée pour couvrir une usure déguisée et réduire, conséquemment, les droits du créancier à la perception de l'intérêt légal. Mais ce résultat ne saurait être obtenu que si l'absence d'un tiré sérieux avait été connue du banquier. L'ignorance réelle dans laquelle on l'aurait laissé à cet égard le constituerait en état de bonne foi et légitimerait son opération.

1142. — Ce qui constitue la lettre de change, c'est l'existence du contrat de change consistant à recevoir dans un lieu une somme d'argent qu'on s'engage à payer ou à faire payer dans un autre lieu. La supposition de place faisant disparaître ce caractère essentiel, la lettre de change qui en est viciée n'est plus qu'une obligation ordinaire, ne pouvant donner lieu au droit de change.

Il en serait autrement si la supposition de lieu n'avait pas empêché le contrat de change. Ainsi, un négociant de Marseille, en relation avec un négociant de Lyon, lui adresse des lettres payables sur Marseille même. Il est évident que ces lettres, quoique datées de Lyon, ont été réellement tirées de Marseille, et qu'étant payables à Marseille même, il n'y a pas, en réalité, de contrat de change.

Mais si les lettres de change n'ont été envoyées à Lyon que pour y être négociées et qu'elles l'y aient été réellement, il importe fort peu qu'elles contiennent supposition de lieu, car l'argent aura été retiré à Lyon pour être payé à Marseille. Le contrat de change existe donc d'une manière certaine. Le droit de change sera, conséquemment, acquis par leur négociation.

1143. — C'est ce que la cour d'Aix a jugé dans l'espèce suivante : De 1817 à 1820, Paraize, d'Avignon, avait fourni plusieurs lettres de change datées de Marseille sur Blavet, d'Avignon, et à l'ordre de Roussier, de Marseille, à qui Paraize adressait ces effets. Lors du règlement, Paraize prétendit que Roussier avait exigé,

¹ 19 février 1850; D. P., 50, t. 1, 450.

² D. P., 40, t. 411.

³ Cass., 8 et 26 août 1825, 16 août 1828.

pour la négociation des traites, un intérêt excédant le six pour cent, intérêt qu'il déguisait sous le nom de frais de change et de rechange, bien qu'il ne fût fait aucune opération semblable, en ce que les traites ne contenaient réellement aucune remise de place en place; qu'elles avaient été tirées d'Avignon et non de Marseille, et que Blavet, tiré, n'avait servi qu'à masquer une opération usuraire. En conséquence, Paraize forme une demande en répétition d'une somme de 3,335 francs, montant de ce qu'il a payé en sus de l'intérêt légal.

21 juin 1821, cette demande est repoussée par le tribunal de commerce de Marseille, sur les motifs suivants :

Considérant qu'à la vérité il y a eu supposition de lieu dans les traites fournies par Paraize, qui les datait de Marseille tandis qu'il demeurait à Avignon, mais que ces effets étaient par lui envoyés à Marseille, où ils devaient être négociés par Roussier; qu'ainsi ces effets, à cause de la supposition de lieu, dégénéraient en mandat dont la négociation donnait également lieu à la perception du change; qu'il suffit, en règle générale, que la négociation de l'effet soit faite sur place tierce et qu'il y ait remise de place en place pour que le contrat de change subsiste; qu'il y ait, par conséquent, lieu à change.

Appel ayant été émis de ce jugement, la cour d'Aix le confirme purement et simplement, avec adoption des motifs, par arrêt du 6 mai 1823. Cet arrêt ayant été déféré à la cour suprême, le pourvoi fut rejeté par elle le 8 novembre 1823¹.

1144. — A son tour, le droit de commission a soulevé bien des difficultés. Nous avons dit que ce droit puisait ses éléments dans les peines et soins que se donnait le banquier et dans son obligation d'avoir toujours en caisse des fonds disponibles. De là, on avait conclu que cette obligation n'existant réellement qu'à la suite d'un crédit ouvert obligatoire, le droit de commission ne devait être accordé qu'en tant que l'avance faite n'était que l'exécution de ce crédit; qu'on devait le refuser conséquemment lorsqu'il s'agissait d'un prêt purement éventuel.

Cette conclusion n'était ni exacte, ni juste. Sans doute, l'ouverture d'un crédit justifie le droit de commission, car, à quelque époque que la demande de fonds par le crédit se réalise, le banquier est tenu d'y satisfaire. Il doit, de plus, recevoir toutes les fois qu'il plaît au crédit de rembourser, et l'on peut facilement comprendre que, prenant lorsque l'argent est cher, le crédit

s'empresse de rendre lorsqu'il sera bon marché, ce qui, indépendamment de l'obligation d'être sans cesse en mesure de satisfaire aux demandes, grève le banquier d'une charge résultant soit d'un défaut de emploi immédiat des fonds rendus, soit de la nécessité de les placer à un bénéfice moindre que celui qu'il trouve chez le crédit.

Mais, de ce que la commission est parfaitement justifiée dans cette hypothèse, s'ensuit-il qu'on doive la refuser partout ailleurs, alors même que des raisons tout aussi décisives viennent militer en sa faveur? Nous ne le pensons pas, et cette opinion est celle qui, en définitive, prévaut et qui devait justement prévaloir.

Or, les raisons qui doivent, dans les cas ordinaires, faire admettre le droit de commission sont celles que nous avons exposées en recherchant la légalité et la légitimité de ce droit. C'est la position du banquier, voué à la vente et à l'achat de l'argent, obligé de consacrer à cette branche du commerce tout son temps, toute son industrie, qu'on ne saurait, sans injustice, condamner à demeurer improductive; ce sont ses nombreuses et considérables dépenses, la grave responsabilité qu'il encourt, les dangers auxquels il s'expose.

Le réduire à la position d'un simple capitaliste, c'est, avons-nous dit, le placer, par rapport à celui-ci, dans un état d'infériorité marquée. Indépendamment de ce que le capitaliste n'a ni bureaux, ni commis, ni patente, ni correspondance obligée, les prêts qu'il consent ne sont que des actes plus ou moins rares, ne faisant aucun obstacle à ce qu'il applique son industrie à d'autres objets et qu'il profite des émoluments qui s'ajoutent à l'intérêt intégral de ses fonds. Enfin, il peut choisir son moment et son homme, et il est certain qu'il ne prêterait qu'à celui qui lui offrirait une incontestable solvabilité.

Il n'en est pas de même du banquier. Sans doute, il n'est pas obligé de prêter à tout venant; mais ce dont il doit se contenter, c'est de la solvabilité commerciale. Exiger autre chose, agir avec la même circonspection, avec la même prudence que le capitaliste, ce serait se condamner à périr bientôt par le trop plein de caisse. Il doit donc s'en rapporter à l'apparence, en courir les hasards, et l'on sait combien ils sont chancieux.

En cet état donc, le réduire à ne pas trouver dans le droit de commission une juste compensation, ne lui accorder que ce qu'on accorde à un capitaliste, ce n'est pas agir avec cette rigoureuse justice qu'on doit également à tous.

On reproche aux banquiers les bénéfices que

¹ J. D. P., année 1825.

certain d'entre eux réalisent. Mais combien d'autres que la perception du droit de commission, d'escompte et de change n'a pas préservés d'une ruine complète! D'ailleurs, il en est du banquier comme de tout autre négociant, on ne peut exiger de lui, suivant l'expression de Scaccia : *Ponat operam et audorem ad aliorum utilitatem*. Il ne travaille que pour son propre avantage, que pour se procurer un bonnet et une légitime bénéfice.

Toutes les fois donc que le banquier fait un acte de son commerce, il doit, dans de justes limites, percevoir l'émolument dont cet acte est susceptible. Or, comme ce commerce consiste à livrer des fonds aux emprunteurs commerçants ou non, la commission est due par cela seul qu'il y a eu des fonds versés par lui¹.

Nous avons dit nous-même qu'en l'état de notre législation, les charges des travailleurs obligés d'emprunter sont trop onéreuses. Mais nous avons indiqué la manière dont on pourrait user pour les amoindrir; qu'on diminue l'intérêt de l'argent, on le peut, on le doit, car cet intérêt n'est plus aujourd'hui dans des proportions vraies avec le prix de l'argent. Mais, puisqu'on recule devant ce moyen, il ne nous paraît pas possible qu'on lui en substitue un autre qui ne consacrerait, en définitive, qu'une évidente injustice et qui compromettrait l'existence du commerce lui-même, en rendant impraticable la profession de banquier.

1145. — Les usages commerciaux ont introduit une notable exception au principe consacré par l'article 1154 du Code civil. Aux termes de cette disposition, les intérêts ne peuvent être capitalisés qu'après l'année révolue. Dans le commerce, cette capitalisation résulte du règlement des comptes, et ce règlement est tantôt semestriel, tantôt il s'opère chaque trois mois.

1146. — Les effets de l'anatocisme sont certains. Les intérêts capitalisés produisent, à leur tour, des intérêts, cela n'a jamais été douteux. Mais la commission, prise sur chaque avance partielle, est-elle due pour le reliquat du compte dont le banquier reste créancier et qu'il reporte à nouveau sur le compte ultérieur?

Pour l'affirmative, on a dit : La balance du compte en rend le reliquat immédiatement exigible; de là, pour le banquier, le droit d'en exiger paiement, et pour le débiteur l'obligation de le réaliser. Or, si ce paiement était effectué,

les sommes que le banquier fournirait après, et le jour même de ce paiement, donneraient droit à la commission. Pourquoi donc la convention, par laquelle ce paiement et l'avance nouvelle se réalisent fictivement, ferait-elle obstacle à sa perception?

Ce qui peut résulter du refus, c'est que le créancier exige le paiement réel et restreigne ainsi l'existence du compte courant au grand détriment du commerce. Il aura intérêt à en agir ainsi, car les sommes qu'il recevra, confondues à d'autres, au débiteur lui-même, lui procureront cette commission que la prolongation du compte lui enlève.

Ainsi, le créancier pour solde contraindra le débiteur à le payer, ce qui pourra avoir pour celui-ci les inconvénients les plus graves, car il peut avoir, lui, un intérêt évident à la continuation du compte. En l'état de cet intérêt opposé, il est facile de prévoir ce qui se réalisera : les parties simuleront un paiement effectif, et, quelques jours après, un nouveau compte s'ouvrira, et la somme prétendue payée en composera les premiers articles. Non plus à titre de report, mais comme avance nouvelle sur laquelle le prélèvement du droit de commission sera incontestable.

On arrivera donc, par un moyen détourné, au résultat qu'on ne permet pas d'atteindre d'une manière directe, et cela, au détriment de la vérité et de la dignité du commerce. En fait, cependant, celui qui n'exige pas une dette actuellement exigible, qui en proroge l'échéance, consent un véritable prêt et livre la somme aux chances éventuelles de la solvabilité du débiteur. Dès lors, la commission qu'on ne conteste pas à celui qui livre réellement des fonds, devrait-on la contester à celui qui laisse en mains de son débiteur ceux qu'il pourrait le contraindre à lui restituer? Est-ce que le commerçant ne trouve pas dans la prorogation le secours qu'il demanderait à l'emprunt?

Pardessus paraît ne pas admettre que la question soit douteuse. En effet, après avoir enseigné que le règlement du compte en capital et intérêt fait produire au solde des intérêts nouveaux, cet éminent jurisconsulte ajoute : On peut, outre cet intérêt, percevoir un salaire pour commission, sans que cela soit considéré comme intérêt usuraire². Telle est aussi l'opinion de Devilleneuve et Massé³.

paraît se fixer.

¹ Cours de droit commercial, n° 475.

² Dict. du contentieux commercial, v. Compte courant, n° 15.

³ Nous ne pourrions citer tous les arrêts qui l'ont ainsi décidé et qu'on peut d'ailleurs consulter dans les recueils de jurisprudence. On pourra se convaincre, en les vérifiant, que c'est à notre solution que la jurisprudence

La cour de cassation avait décidé, le 19 décembre 1827, conformément à cette doctrine, en validant une commission de trois quarts pour cent portant sur les soldes des comptes partiels¹. Un autre arrêt du 11 avril 1840 admet plus formellement encore la faculté de faire porter la commission sur les soldes².

Mais le contraire a été décidé par plusieurs cours d'appel, et notamment par celle de Grenoble, le 31 août 1839, et par celle de Douai, le 20 février 1841. L'arrêt de la première juge que la commission ne doit être perçue qu'une seule fois pour chaque négociation; l'arrêt de la seconde n'admet ce droit qu'en tant qu'il y a eu décaissement de fonds de la part du banquier, ce qui, dit la cour, ne se réalise pas dans le report à nouveau du solde du compte ou dans le renouvellement des billets à leur échéance³.

La cour de cassation elle-même paraît être revenue sur sa jurisprudence, en décidant, le 2 juillet 1843, que le droit de commission, appliqué par les banquiers aux avances qu'ils font, ne doit être perçu qu'une seule fois sur chaque somme; que, par suite, il ne peut être établi ni sur les intérêts capitalisés produits par ces avances, ni sur chaque reliquat des comptes arrêtés trimestriellement, et qui serait composé des avances antérieurement frappées du droit de commission⁴.

Notons que cet arrêt, émanant de la chambre civile, est diamétralement opposé à ceux rendus par la chambre criminelle les 19 décembre 1827 et 11 avril 1840; notons encore que ses motifs sont purement en droit. En effet, la cour considère : « Que l'arrêt attaqué décide que le droit de commission, qui avait été relevé sur la somme entière faisant le reliquat du compte, ne doit porter ni sur les intérêts capitalisés qui ont été compris dans ce reliquat, ni sur les avances de fonds qui, déjà, avaient figuré dans un compte antérieur, mais que ce droit, qui ne peut être perçu qu'une seule fois sur la même somme, ne saurait, par conséquent, s'appliquer qu'aux sommes fournies depuis le compte précédent; que, sans la distinction admise par l'arrêt, il serait impossible d'atteindre l'usure déguisée sous l'apparence du droit de commission, en telle sorte qu'en matière d'avances de fonds ou de prêts qui seraient successivement reportés dans plusieurs arrêts de compte se liant les uns aux autres, le prix de l'argent ne recevrait d'autres limites

« que celles que les parties consentiraient à lui donner, ce qui serait évidemment la subversion de la loi du 3 septembre 1807. »

Voilà qui est clair, net et positif. Cependant, la même chambre civile a, le 23 juillet 1840, validé un droit de commission portant sur les soldes du compte, c'est-à-dire et sur les capitaux précédemment fournis et sur les intérêts capitalisés. Voici l'espèce de cet arrêt :

Des relations commerciales avaient existé, pendant de longues années, entre la maison Crémieu, Milhaud et Laroque, et M. Reynaud, marchand quincailleur, à Aix. Le compte courant, arrêté annuellement, était au six pour cent réciproque. Une commission, conventionnellement stipulée en faveur de la première, avait été fixée à un sixième sur les nombres.

Après payement définitif, M. Reynaud étant décédé, ses héritiers reviennent contre les divers règlements et demandent la restitution de la commission perçue sur les soldes. Un jugement du tribunal de commerce admet cette prétention : « Attendu que le droit de commission ne peut être perçu qu'une seule fois sur chaque somme, et qu'en la prenant sur le solde de chaque règlement du compte porté à nouveau, la maison Crémieu, Milhaud et Laroque a non-seulement perçu une double commission sur le solde du compte porté à nouveau, mais encore un droit de commission sur les commissions déjà payées. »

Appel par la maison Crémieu, et, 13 janvier 1844, arrêt de la cour d'Aix qui réforme par les motifs suivants :

« Considérant que l'ouverture d'un crédit donne nécessairement lieu, entre le banquier qui l'accorde et le commerçant qui l'obtient, à de fréquentes opérations de banque et d'échange; que ces opérations autorisent à elles seules le banquier à percevoir, indépendamment de l'intérêt légal, un droit de commission; mais que ce droit de commission représente encore la juste indemnité due au banquier : 1° à raison des avances auxquelles il est assujéti pour le payement ou l'acceptation des traites et effets qu'il acquitte à la décharge de son débiteur; 2° à raison de l'obligation à laquelle il s'est soumis de tenir constamment des fonds à la disposition du crédité, tant que dure le crédit ;

« Qu'il est donc évident que le droit de commission dérive de la nature des choses; que c'est par ce motif qu'il est généralement admis dans

¹ D. P., 28, 1, 64.

² D. P., 40, 1, 411.

³ D. P., 40, 2, 291; J. D. P., t. II, 1841, p. 497.

⁴ D. P., 43, 1, 314.

les usages du commerce, et qu'il est, en outre, confirmé par la doctrine des auteurs, consacré par la jurisprudence et reconnu par les héritiers Reynaud eux-mêmes dans les écrits qu'ils ont publiés au procès;

« Considérant que la loi de 1807, n'ayant pour objet que de régler le taux de l'intérêt de l'argent, n'est point applicable au droit de commission; que la quotité de ce droit n'est déterminée par aucun texte de la loi; qu'elle est réglée d'après les usages et la convention des parties, et qu'elle ne saurait être considérée comme constituant une perception usuraire, qu'autant qu'elle serait excessive ou que les opérations qui auraient donné lieu à la perception du droit de commission seraient fictives et couvriraient un intérêt excédant le taux légal;

« Considérant que la sincérité des opérations qui, dans la cause, ont donné lieu à la perception des droits de commission, n'est pas contestée; qu'il s'agit donc uniquement de rechercher si la perception elle-même n'a rien d'exagéré et si elle représente la juste indemnité due au banquier, sans qu'il soit besoin d'examiner le mode de perception qui a été suivi;

« Considérant, en fait, qu'il est établi, par les comptes remis chaque année au crédit, qu'indépendamment des sommes prises ou versées, une foule de remises et valeurs commerciales ont été respectivement données pour être encaissées ou reçues dans les diverses places, ce qui constitue de véritables opérations de banque et de change donnant lieu au droit de commission;

« Que du relevé des opérations pendant les dix-sept années de durée du compte courant, il résulte que le mouvement général du compte a été de 416,000 francs, et le chiffre total de la commission perçue, de 2,999 francs; que ce chiffre, eu égard au mouvement moyen et annuel de 24,500 francs, réduit la commission perçue à une moyenne de soixante-deux centimes pour cent francs;

« Considérant qu'une pareille commission, en présence des usages reçus, ne peut être taxée d'exagération; qu'en effet, au lieu du règlement trimestriel généralement pratiqué, les comptes n'ont été balancés qu'une fois l'an; que, de plus, la maison de banque débitait Reynaud, valeur de l'échéance des traites qu'elle aurait pu négocier à trente jours au pair, et que, pour les valeurs fournies sur ses correspondants, elle payait elle-même un droit de commission sans répétition contre Reynaud;

« Considérant que, accueillir en l'état de ces faits les réductions demandées par les héritiers Reynaud, ce serait refuser, à la maison de banque, la juste indemnité que les usages du commerce, consacrés par une jurisprudence constante, l'autorisaient à percevoir¹. »

Certes, l'infirmité du jugement, en l'état des motifs l'ayant déterminé, et que nous avons transcrits, placent l'arrêt de la cour d'Aix en contradiction flagrante avec l'arrêt rendu, le 2 juillet 1845, par la cour de cassation. Aussi, les héritiers Reynaud le frappèrent-ils d'un pourvoi, bientôt admis par la chambre des requêtes.

Mais, comme nous l'avons dit, et par arrêt du 25 juillet 1849, ce pourvoi fut rejeté par la chambre civile, qui, dès lors, contrairement à son arrêt de 1845, admit que le droit de commission pouvait légalement porter sur les soldes de compte.

Comment expliquer cette contradiction? Par cette raison unique, à savoir: qu'en pareille matière, il n'y a pas, à proprement parler, de question de droit; tout se réduit à une appréciation de faits, pour laquelle, ainsi que la cour de cassation le disait tout à l'heure, les juges du fond ont un pouvoir souverain. La cour supérieure, reconnaissant cette souveraineté, y obéit elle-même. Elle admet ou rejette les pourvois, selon que l'usure a été ou non reconnue.

Une pareille règle est on ne peut pas plus juridique. On doit incontestablement dire, avec la cour d'Aix, que la loi du 3 septembre 1807 ne régit que le taux de l'intérêt; qu'elle n'est nullement applicable à la commission reconnue licite par tout le monde. Le taux de ce droit est donc laissé aux usages de la place ou à l'appréciation des parties elles-mêmes. Mais cette faculté ne saurait comporter une liberté illimitée, et de même que la vente, l'échange, la société, auxquelles la loi de 1807 est bien évidemment étrangère, peuvent cependant être entachées d'usure et annulées, de même l'usure peut prendre le manteau licite du droit de commission, et, dans ce cas, on ne doit pas hésiter à la réprimer. Dès lors, et quel qu'en soit le mode de perception, la commission perçue s'est-elle reconfirmée dans des limites justes et raisonnables, elle doit être confirmée; a-t-elle été, au contraire, exagérée au delà des usages commerciaux, elle n'est plus qu'une usure déguisée et, comme telle, on doit la réduire². Or, une pareille appréciation ne peut appartenir

¹ D. P., 44, 2, 198.

² Cass., 21 juin 1847; D. P., 47, 1, 512.

qu'aux deux premiers degrés de juridiction.

En résumé, les questions relatives au droit de commission ne peuvent recevoir, en droit pur, une solution absolue. Sa perception déguise-t-elle ou non une usure? Telle est la véritable, la seule difficulté à apprécier. C'est ce qui fait que le mode suivi dans telle espèce sera réprimé, tandis que le même mode ne le sera pas dans telle autre. C'est ce qui rend également raison de la divergence que nous signalions tout à l'heure dans la jurisprudence de la cour de cassation elle-même.

1147. — Nous venons de voir que, dans le commerce, on pouvait régler le compte courant et, conséquemment, capitaliser les intérêts chaque trois mois. Cette faculté a été formellement reconnue par la cour de cassation¹. Mais pour qu'elle puisse être exercée, il faut : 1^o que le compte existe de négociant à négociant. Les relations entre un commerçant et un non-commerçant, quoique constatées par un compte courant, ne peuvent être considérées comme commerciales, surtout à l'endroit de ce dernier. Elles restent donc régies, quant à l'anatocisme, par la disposition de l'article 1134 du Code civil²; 2^o que le compte ait été réellement arrêté aux époques convenues. En l'absence du règlement trimestriel, on ne pourrait, lors d'un règlement ultérieur, arrêter le compte autrement que d'année en année. En effet, la capitalisation des intérêts n'est que la conséquence de leur exigibilité. Celle-ci ne peut résulter que de l'arrêt du compte aux époques convenues. Si le compte n'a pas été arrêté, il n'y a eu aucuns intérêts exigibles et partant susceptibles d'être capitalisés. On ne pourrait se prévaloir que de la capitalisation se réalisant à chaque fin d'année par la seule force de la loi. Rien ne peut même remplacer le règlement trimestriel, quant à l'exception à l'article 1134. Ainsi, il importerait peu que les relations eussent continué sur le même pied entre les parties, le compte deviendrait purement civil depuis le dernier règlement trimestriel. C'est ce que la cour de cassation vient de décider en cassant un arrêt de la cour de Paris, qui avait jugé le contraire³.

1148. — Au reste, il est rare qu'un compte courant existe entre un banquier et un non-commerçant; dans de pareilles relations, les avances du premier et la dette du second sont constatées par des effets à terme fixe. Si, à l'échéance, les parties se bornent à renouveler le titre, le ban-

quier peut-il prélever un droit de commission sur ce renouvellement?

Il y a entre le renouvellement d'un billet et le règlement du compte une telle assimilation, que les arrêts que nous venons de rappeler les confondent bien souvent. Conséquemment, il semble que, par une parité de raison, les règles tracées pour l'arrêt du compte doivent s'appliquer au renouvellement.

Cependant il y a, à notre avis, cette énorme différence que le banquier, qui fait un prêt à un non-négociant, ne fait pas un acte de commerce. Que cependant, à cause de sa profession et pour se couvrir de ses frais, on lui alloue une commission à l'origine du prêt, ou le comprend, mais qu'on lui permette de répéter cette commission à chaque renouvellement, c'est placer le non-commerçant dans une position pire que le commerçant lui-même; car le compte courant ne peut être réglé tout au plus que quatre fois l'an, et le solde peut en être réduit à des proportions minimes par les sommes qui auront été remboursées pendant le trimestre, tandis que le non-commerçant devra, à chaque renouvellement, l'intégralité du billet qui, pouvant être à l'échéance d'un mois, pourra ainsi donner lieu à douze droits de commission par année.

Cet étrange et inique résultat doit nécessairement amener une autre appréciation que celle que nous venons d'exposer pour les relations de commerçant à commerçant, et nous allons voir que cette nécessité se justifie par des raisons décisives.

Le banquier qui traite avec un non-commerçant fait plutôt l'acte d'un capitaliste que celui d'un banquier. Il doit donc, quant à l'exécution à donner au prêt, occuper une position analogue à celle qui est faite à celui-ci.

On nous objectera sans doute ce que nous rappelions nous-même relativement au solde du compte courant. Le banquier qui renouvelle, au lieu de se faire payer à l'échéance, consent un véritable prêt, car s'il exigeait son argent, et qu'il le plaçât ailleurs, il retirerait de nouveau le droit de commission. Mais cet argument perd de sa force lorsque, au lieu d'une dette commerciale, il s'agit d'une dette civile. En effet le commerce vit de ponctualité et d'exactitude, à tel point que le moindre retard dans les paiements constituerait un motif pour faire déclarer la faillite. Celui-là donc qui traite avec un commerçant a le droit de compter sur un paiement réel

¹ 10 novembre 1818.

² Bourges, 5 juin et 18 décembre 1830; D. P., 40, 2, 196.

³ Cass., 14 mai 1850; D. P., 50, 1, 157.

et effectif au jour et à l'heure convenus; il peut même, dans cette prévision, avoir pris des mesures pour un nouveau placement des sommes qu'il recevra. Mais cette ponctualité n'est pas aussi rigoureusement exigée dans la vie civile; celui qui prête à un non-commerçant peut facilement prévoir que les embarras qui motivent l'emprunt pourront exister encore au moment de l'échéance et mettront son débiteur dans la nécessité de demander un nouveau délai. Cette chance que le banquier a volontairement bravée, qui ne l'a pas empêché de distraire de son commerce la somme qu'il a prêtée, il doit en subir les effets.

D'ailleurs, les éléments du droit de commission ne se concentrent pas tous dans la personne et le caractère du banquier. Si les usages l'ont consacré, c'est également sous le rapport de l'avantage que le commerçant trouve dans le crédit qui lui est fait. Le bénéfice qu'il est dans le cas d'en retirer allège, s'il ne la fait pas disparaître, la charge que le droit de commission lui impose. C'est dans ce sens que Saccia enseigne que l'argent du commerçant vaut plus que celui du non-commerçant : *Plus valet pecunia mercatoris quam pecunia non mercatoris*.

Cet élément essentiel du droit de commission manque absolument dans le prêt fait à un non-commerçant. Il y aurait donc injustice à le placer sur la même ligne, quant aux charges, lorsqu'il ne l'est certainement pas quant aux avantages.

A notre avis donc, le banquier peut, en livrant des fonds à un non-négociant, prélever un droit de commission outre l'intérêt légal; mais ce prélevement opéré, les obligations de l'emprunteur, quant à l'échéance, se réglant par des considérations autres qu'en matière de créance commerciale, tout ce qui est dû, en cas de retard, c'est l'intérêt légal. Le créancier ne peut donc exiger au delà, sans se rendre coupable d'une véritable usure.

1149. — Dans les nombreux déguisements que revêt l'usure, il en est un fort difficile à saisir et, par cela même, très-redoutable, c'est celui consistant à fonder la stipulation des intérêts avec le capital. Ainsi, un individu consent à prêter un capital de 20,000 francs, mais il exige le dix pour cent. Si une telle stipulation était inscrite ouvertement dans le contrat, son sort ne serait pas douteux, il faut donc la dissimuler. L'acte, en conséquence, mentionne ou que le capital prêté est de 22,000 fr. sans intérêts jusqu'à l'é-

chéance d'une année, ou seulement de 21,000 fr. avec intérêts. On suit la même proportion selon que l'échéance est d'une ou de plusieurs années.

1150. — Dans l'un comme dans l'autre cas, la fraude est flagrante. Cependant comment la saisir sans recourir à une preuve testimoniale? Mais la demande qui en sera faite soulèvera immédiatement une double exception.

On se prévaut d'abord de la disposition de l'article 1341, qui prohibe cette preuve outre et hors le contenu aux actes; on ajoutera ensuite: Si l'acte est frauduleux, la fraude étant le fait commun des deux parties, l'une d'elles ne peut être admise à la prouver.

Mais l'usure, constituant une fraude contre une loi d'ordre public, déroge forcément aux principes ordinaires, et cette dérogation entraîne cette double conséquence: 1^{re} l'inapplicabilité de l'article 1341; 2^{de} celle de la maxime *nemo auditur turpitudinem suam allegans*¹.

1151. — La seconde exception peut être tirée de la force de l'acte authentique, comme si cet acte constatait la réelle numération de l'intégralité de la somme portée dans l'acte. Cette indication de l'acte, dira-t-on, doit être crue jusqu'à inscription de faux, et ce préliminaire non réalisé, la preuve testimoniale est inadmissible.

Cette exception devrait être accueillie si les faits à prouver, coarctés par la partie, étaient inconciliables avec les faits que le notaire aurait compétemment constatés, car l'usure elle-même ne saurait porter aucune atteinte à la foi due à l'acte authentique. Mais si, au contraire, les faits avancés ne contrariaient nullement les indications de l'acte, s'ils tendent à prouver une simulation dont le notaire lui-même a pu être la dupe, en un mot, s'ils peuvent être vrais sans que ceux exprimés dans le contrat soient faux, la preuve testimoniale doit en être ordonnée, sans qu'on se soit préalablement inscrit en faux. C'est ce que la Cour de cassation a jugé dans une espèce où le contrat authentique constatait la réelle numération, le débiteur articulait n'avoir rien emporté des sommes numérées².

Ainsi, c'est par la preuve orale, c'est, conséquemment, par les présomptions qu'on pourra, dans notre hypothèse, prouver l'existence de l'usure. On ne serait tenu de s'inscrire en faux contre l'acte authentique que si on soutenait la fausseté de ses indications, par exemple, si on voulait prouver qu'il n'est pas vrai, comme le notaire l'indique, que les sommes aient été dé-

¹ *Id.* *infra*, n^{os} 1185 et suiv.

² Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. III, p. 259 et suiv.

posées sur le bureau et numérotées au moment de l'acte.

1152. — La preuve de l'usure acquise, quelle en sera la conséquence par rapport à l'acte? La cour d'Agen, par un arrêt du 17 août 1809, avait décidé que cet acte devait être annulé, d'abord pour violation de l'article 1907, en ce qu'il ne portait pas le taux auquel les intérêts avaient été stipulés, puisque ces intérêts cumulés avec le capital ne formaient avec lui qu'un seul tout; ensuite, comme reposant sur une cause fautive, résultant de ce qu'il renfermait un intérêt non exprimé et à un taux non fixé.

Mais cet arrêt a été cassé, le 29 février 1812, pour avoir mal à propos appliqué la loi de 1807, la convention étant antérieure à sa promulgation, et ne pouvant dès lors être régie, quant au taux de l'intérêt, que par l'article 1907 du Code civil.

La cour suprême devait s'arrêter à ce moyen péremptoire. Mais n'eût-il pas existé, que l'arrêt d'Agen n'en aurait pas moins été infailliblement cassé sous un autre rapport. Rien, en effet, dans la loi n'autorisait la nullité de l'acte reconnu usuraire. Tout ce qui pouvait légalement résulter de ce vice était ou la restitution, ou l'imputation des sommes illégalement perçues, ou la réduction de celles irrégulièrement prétendues. Les parties devant, dans le cas d'usure, être ramenées à la vérité des choses, il n'y a de possible que les moyens que nous indiquons et qui font suffisamment disparaître le préjudice dont se plaint le débiteur. Cette solution, appuyée par la raison, admise en doctrine et en jurisprudence, est d'ailleurs formellement écrite dans l'article 3 de la loi du 3 septembre elle-même.

1153. — Un autre mode employé pour déguiser l'usure consiste soit à retenir, au moment du prêt, les intérêts convenus, soit à les stipuler payables en denrées.

La retenue des intérêts, payés même au taux légal, constitue une usure. Elle tend à conférer au créancier un bénéfice au delà de l'intérêt, puisqu'elle lui procure la jouissance d'une somme qui ne peut lui appartenir légitimement qu'au jour où l'intérêt étant échu, elle devient sa propriété; elle porte un préjudice au débiteur, car l'intérêt, étant le prix de la jouissance du capital, n'est que la conséquence de cette jouissance devant porter sur ce capital intégral. Or, la retenue fait disparaître une partie de ce capital, qui n'est pas dès lors réellement prêt en

totalité, tandis que c'est sur cette totalité que l'intérêt est établi. En conséquence, le créancier perçoit un intérêt qui ne lui est pas dû, et le débiteur paye réellement au delà du taux légal, il y a donc usure¹.

1154. — L'exigence d'un intérêt en denrées remonte au seizième siècle. La précision que le numéraire envoyé par le nouveau monde ne manquerait pas de faire hausser le prix des blés, vins, huiles et autres denrées, fit que quelques spéculateurs convertirent leurs rentes en rente en blés, et cette prévision ne fut pas trompée². Depuis, cet intérêt, que Dumoulin qualifiait de périlleux pour les débiteurs, n'a pas manqué d'être exploité par ceux qui, voulant se procurer, malgré la loi, un avantage illégitime, s'ingénient à s'en procurer les moyens.

En conséquence, on stipule une quantité déterminée de denrées à livrer en échange du paiement des intérêts d'un capital quelconque. L'usurier a le soin de calculer cette quantité sur un prix tellement bas qu'il a d'avance la certitude que la denrée ne descendra jamais jusque-là, et il s'assure ainsi un intérêt pouvant atteindre à des proportions énormes par la cherté de la denrée au moment de l'échéance.

Ainsi la chance aléatoire, que cette opération paraît offrir, est d'avance fixée contre le débiteur, et ses résultats seraient aujourd'hui ce qu'ils furent autrefois, c'est-à-dire tellement désastreux qu'une ordonnance de Charles IX, de 1565, convertit à prix d'argent, et au taux légal du denier douze, toutes les rentes en blés. Cette ordonnance est-elle exécutoire encore en ce sens qu'on doive aujourd'hui convertir en argent et au denier vingt tous les intérêts stipulés en denrées?

L'affirmative est soutenue par Chardon. L'édit de 1565, dit cet auteur, avait été abrogé par le décret du 5 thermidor an IV, mais celui-ci a été à son tour abrogé par la loi de 1807. D'autre part, les motifs qui existaient en 1565 existent encore, il y a donc nécessité de revenir à cette disposition³. Cette opinion s'étaye sur un arrêt de la cour de Paris du 2 mai 1825.

Nous dirons, avec Troplong⁴, que cette doctrine repose sur une erreur de droit manifeste. La loi de 1807 n'exige qu'une seule chose, à savoir : que l'intérêt d'un capital prêté en argent ne s'élève pas à plus du cinq ou du six pour cent, selon que le prêt est civil ou commercial, mais elle ne prescrit aucun mode spécial pour le

¹ Rolland de Villargues, *Prêt à intérêt*, n° 20.

² Troplong, *du Prêt*, n° 305.

³ Du Dol et de la Fraude, n° 478.

⁴ *Loco citato*.

service de cet intérêt. Il dépend donc des parties d'en régler le paiement selon leur convenance, à la seule obligation de ne pas franchir les limites de la loi elle-même. Conséquemment la stipulation que l'intérêt sera payé en denrées n'a rien d'illicite, rien de prohibé.

Ce qui est réellement prohibé, c'est de se servir de cette stipulation pour pallier l'usure. Mais à cet égard, la loi a pourvu à tous les intérêts, en permettant au débiteur de répéter ce qu'il a indûment payé, et son appréciation est facile. Les merciales fixant le prix des denrées, le rapprochement de la quantité annuellement fournie indiquera nettement si le taux légal a été dépassé, et déterminera d'une manière précise le chiffre des restitutions.

Ainsi la stipulation d'un intérêt en denrées est légale, seulement on ne peut avec son secours dépasser le taux de la loi, tout ce qui aura été payé en delà serait répétable.

Il en est de même pour le remboursement du capital, on peut le stipuler payable en denrées. Mais la quantité de celles-ci ne pourrait, dans aucun cas, dépasser le capital, on saurait bien sans cela en exiger une telle que le débiteur rendrait toujours plus qu'il n'a reçu.

1153. — Mais si le prêt a été fait en denrées, celui qui l'a consenti pourra stipuler que celui à qui il donne cent mesures lui en rendra cent dix ou cent vingt. Le prix des denrées étant essentiellement variable, le débiteur profite de la chance de la diminution, comme le créancier de celle de l'augmentation, et il peut se faire que le prêt s'opérant dans un moment de cherté, et la restitution dans un temps contraire, l'intégralité de ce qui est rendu, quoique supérieure en quantité, soit en réalité encore inférieure à la valeur de ce qui a été emprunté. D'ailleurs la loi de 1807, ne réglant que l'intérêt de l'argent, ne saurait avoir aucune influence sur les prêts de denrées.

Toutefois il y a là un aliment pour la fraude et un péril pour les emprunteurs. Les usuriers simuleront un prêt en denrées pour éluder l'application de la loi et assurer ainsi les exactions qu'ils commettront, mais cette simulation, comme toutes les autres, pourra être atteinte par les tribunaux. Réalisée pour pallier l'usure, elle sera susceptible d'être prouvée par témoins et même par présomptions, et les tribunaux, à qui une pareille opération sera dénoncée, ne valideront que celle qui a réellement offert, par son véritable caractère, cette chance aléatoire dont nous parlions tout à l'heure.

1156. — Partout, en effet, où l'événement est attaché à une condition aléatoire, la loi de 1807 est inapplicable. C'est par application de cette règle qu'on a validé les prétentions de la caisse hypothécaire et consacré les intérêts et les droits qu'elle exige. Nous lisons dans l'arrêt de la cour de cassation, du 21 mai 1834 : « Que l'es- » compte et les primes au moyen desquels cette » caisse, d'après ses statuts approuvés par le » gouvernement, exécute ses opérations, impri- » ment au traité qui intervient entre les parties » prenautes et elle le caractère d'un contrat » aléatoire. » Voilà pourquoi elle écarte l'application de la loi de 1807.

La conséquence qu'il faut en déduire, c'est que la caisse hypothécaire ne peut jouir de l'immunité, quant à la loi de 1807, qu'en tant qu'elle se renferme dans la lettre de ses statuts. Toute indemnité qu'elle stipulerait sans en trouver le droit dans ces statuts, à quelque autre titre que ce fût, devrait lui être refusée comme un intérêt usuraire, c'est ce qui a été formellement décidé dans une espèce où prévoyant le cas de l'expropriation de l'emprunteur, avant le terme des obligations, elle s'était fait concéder deux annuités non encore échues pour le dédommagement de ses frais et faux frais. Le paiement de ces deux annuités, ayant été réclamé après expropriation, fut contesté. Un arrêt de la cour de Grenoble le consacra. Mais cet arrêt, dénoncé à la cour suprême, fut cassé pour contravention notamment à la loi du 3 septembre 1807. Voici les raisons à l'appui de cette cassation :

« Attendu que les statuts d'une société anonyme légalement autorisée sont la loi des parties qui traitent avec cette société ; que les statuts de la caisse hypothécaire n'autorisent point à percevoir au delà des règles tracées sur les conditions des emprunts qui lui sont faits ; qu'en autorisant la perception de deux annuités en sus de celles souscrites pour le remboursement de l'emprunt, à titre d'indemnité du retard et des faux frais causés par l'expropriation forcée, la cour d'appel de Grenoble a accordé une indemnité excédant la mesure fixée par l'article 1153 du Code civil ; qu'en outre elle a accordé des intérêts excédant le taux légal, et qu'en cela elle a expressément contrevenu tant audit article 1153 qu'aux propres statuts de la société, et à la loi du 3 septembre 1807 ¹. »

1157. — La condition aléatoire qui a fait admettre l'exécution des statuts de la caisse hypothécaire a fait exclure, de l'application de la

¹ Cass., 30 juillet 1834.

loi de 1807, le prêt à la grosse, la cession, la rente viagère.

Dans le prêt à la grosse aventure, le prêteur est exposé à perdre non-seulement tout ou partie des intérêts, mais encore le capital qu'il fournit. Vouloir, en l'état d'une pareille chance, le soumettre à ne retirer de son argent que l'intérêt ordinaire, c'était rendre impossible un prêt qui fournit au commerce maritime tant et de si précieuses ressources.

C'est ce qu'a compris le législateur, et il a sagement évité le danger en dégageant le prêt à la grosse de toute entrave, et en laissant à la libre convention des parties le profit maritime à stipuler¹. Tout ce qui, dans cet intérêt, excède le taux légal, n'est considéré que comme une juste compensation du péril que brave le prêteur.

De là il suit que l'existence de ce péril est un des éléments essentiels de ce prêt. Le prêteur qui n'a réellement couru aucune des chances d'une navigation réelle et effective ne pourrait prétendre à un intérêt exclusivement attaché à ces chances.

1158. — Supposer qu'on puisse simuler un contrat à la grosse uniquement pour pallier l'usure, c'est paraître supposer une chose impossible. Mais une espèce rapportée par la *Gazette des Tribunaux*, du 9 septembre 1827, prouve que cette supposition n'a rien de chimérique, et que l'ardeur insensée d'une incroyable avidité peut aller jusque-là.

Un sieur Paoli, d'Ajaccio, faisait de nombreux prêts usuraires. Croyant se placer à l'abri de toutes poursuites, il avait fait du contrat à la grosse le type exclusif de toutes ses opérations. L'avocat, le prête, l'aubergiste, le propriétaire, qui recourait à lui, se transformait immédiatement en patron de navire, était obligé de souscrire un contrat à la grosse aventure, avec des intérêts non moins gros, bien entendu.

Poursuivi cependant comme coupable d'habitude d'usure, Paoli est condamné par le tribunal correctionnel à une amende de 8,000 francs. Il émet appel du jugement, et il soutient devant la cour qu'un prêt à la grosse ne pouvait, dans aucun cas, donner lieu à une poursuite en usure; qu'il ignorait ou pouvait ignorer quelle destination les emprunteurs devaient donner à cet argent; et que les contrats qu'il avait faits ne pouvaient échanger de nature, parce que les emprunteurs n'avaient pas voulu faire une spéculation maritime.

Il était impossible qu'une pareille défense pût

réussir. Aussi la cour confirma-t-elle le jugement.

La morale de cet arrêt, c'est qu'il ne suffit pas de qualifier un acte de contrat à la grosse pour acquérir le droit de s'en faire payer les intérêts. Il n'y a lieu à intérer cet intérêt que lorsqu'en fait le capital prêté a subi les chances qui l'ont fait laisser à la libre stipulation des parties. Lors de là, il n'y a plus qu'une usure déguisée sous des dehors trompeurs, et qu'il est du devoir de la justice de réprimer sévèrement.

1159. — Il est incontestable que la cession se prête admirablement à déguiser l'usure et à favoriser un intérêt excessif. Cependant si le contrat de cession est sincère, et c'est aux tribunaux qu'il appartient de le décider, l'usure ne saurait exister, quelque importante que soit la prime accordée au cessionnaire.

La raison en est que la cession est au civil ce que l'escompte est au commerce. Les motifs qui légitiment celui-ci justifient celle-là. L'une et l'autre constituent plutôt un achat qu'un prêt proprement dit; et, en matière d'achat et de vente, la fixation du prix est laissée à la libre volonté des parties.

Conséquemment, si l'acte qualifié de cession en renferme les éléments, si on y retrouve ces conditions substantielles : *res, pretium et consensus*, il ne peut être querellé d'usure et doit être exécuté dans toutes ses dispositions. C'est ce que la cour de cassation a décidé d'une manière formelle, au rapport de Troplong².

Si, au contraire, les parties n'ont pris la forme de la cession que pour se livrer impunément à l'usure; s'il n'y a eu qu'un prêt simulé sous les apparences d'un autre contrat, tout ce qui excède l'intérêt légal n'est pas dû. On peut dès lors non-seulement ne pas le payer, mais même le répéter, si déjà on l'a fait. Nous rappellerons à cet égard que l'appréciation du véritable caractère de l'acte est abandonnée à l'arbitrage souverain du juge; et que sa décision, d'après les faits et circonstances de la cause, d'après l'intention des parties, est à l'abri de toute censure.

Il y a plus encore, une cession réelle peut ne pas être pure d'usure. Tel serait le cas de la cession qu'un débiteur ferait de ses revenus en paiement des intérêts qu'il doit à son créancier. Il est évident qu'il y a là un transport sérieux, mais pour qu'il y ait juste prix, il faut que les revenus cédés ne soient pas d'un chiffre supérieur à celui des intérêts légaux; s'ils les dépassent, l'exécution de la cession consacrerait

¹ Art. 311 du Code de commerce.

² 8 mai 1844 : D. P., 44, 1, 241.

l'usure. Le cédant serait donc recevable à demander que l'excédant lui soit restitué, ou tout au moins successivement imputé sur le capital.

1160. — Le prêt à rente viagère peut être stipulé au taux qu'il plaît aux parties d'arrêter. Telle est la disposition expresse de l'article 1976 du Code civil. La loi de 1807 n'ayant rien statué à cet égard, elle reste sans application à la rente viagère.

Ce silence de la loi s'explique fort bien par la nature essentiellement aléatoire de ce contrat. D'une part, le capital est aliéné sans retour, et dès lors la rente, n'étant plus la représentation de la jouissance temporaire de ce capital, ne peut plus être qualifiée d'intérêt proprement dit; d'autre part, la mort du créancier amènera, *ipso facto*, la suppression de la rente, et cette mort étant essentiellement incertaine, le débiteur, s'il est exposé à payer beaucoup, peut également ne payer que fort peu. On le voit, le législateur ne pouvait que s'en référer à ce qui serait convenu par les parties. Il devait consacrer les engagements qu'une pareille éventualité est dans le cas de déterminer.

1161. — La nature et le caractère de ce contrat paraissent devoir l'empêcher de devenir un instrument d'usure. Il n'en a rien été, et, sous ses formes, s'est quelquefois glissée une aride et déloyale prétention. En voici un exemple :

En 1807, le sieur Capey se constitua débiteur envers le sieur Havas, banquier, moyennant une somme de 10,000 francs, d'une rente viagère de 1,300 francs, *rachetable après quatre ans*. Depuis, le sieur Havas se rend cessionnaire d'une autre rente viagère de 800 francs due par Capey.

Plus tard, en 1824, ces deux rentes sont converties, par Capey et les héritiers Havas, en une rente perpétuelle de 1,400 francs sur un capital de 28,000 francs, que les héritiers Havas prétendent avoir été touché par Capey, ainsi qu'ils se proposent de l'établir par leur compte.

A l'échéance du premier terme, poursuites en paiement de la part des héritiers Havas. Ils prétendent que Capey a reçu le capital de 28,000 francs, tant par les sommes prêtées que par les arrérages qu'il doit.

Pour arrêter ces poursuites, Capey forme lui-même une demande tendant à faire déclarer que, depuis 1817, il avait été convenu que la rente de 2,300 francs serait réduite à 1,400 francs; que cette convention ayant été exactement remplie, lui, Capey, n'était redevable d'aucuns arrérages de l'ancienne rente; que, dès lors, il ne devait payer la rente perpétuelle de

1,400 francs qu'autant qu'on complèterait le capital de 28,000 francs.

Jugement qui rejette cette prétention. Appel.

Devant la cour, Capey soutient que non-seulement il ne restait redevable d'aucuns intérêts arrérages, mais que la majeure partie de ceux qu'il avait payés n'était pas due; qu'on devait lui restituer ou lui en tenir compte; qu'en effet, les arrérages, n'étant produits que par un prêt déguisé sous l'apparence d'un contrat de rente viagère, devaient être réduits au taux légal du cinq pour cent, et que les sommes réduites, devant se compenser avec celles qu'il avait reçues, rendaient d'autant moins fondée la prétention du service actuel de la rente perpétuelle de 1,400 francs.

Les intimés, voyant dans cette prétention une demande nouvelle, la soutiennent non recevable en cause d'appel. Au fond, excipant de l'article 1976, ils contestaient le droit de quereller d'usure la rente viagère; ils soutenaient d'ailleurs que le contrat ayant été exécuté plus de dix ans, l'action serait éteinte par la prescription, indépendamment de la novation qu'ils faisaient résulter de l'acte de 1824.

Mais la cour de Caen, sans s'arrêter à toutes ces fins de non-recevoir, annule le prétendu contrat à rente viagère de 1807, sur les motifs : en droit, qu'il n'était pas permis de créer un contrat de ce genre pour masquer, sous des apparences trompeuses, un contrat usuraire, et que les tribunaux sont investis dans ce cas, comme dans tout autre, du pouvoir de réprimer la fraude; en fait, parce que le contrat de 1807 était frauduleux et simulé, ce que la cour déduit des faits et circonstances, et notamment de la faculté au débiteur de se racheter dans quatre ans, de la constitution de la rente sur trois têtes, des habitudes usuraires de Havas, qui n'avait jamais établi des rentes de ce genre avant la loi de 1807, enfin de la conversion, en 1824, de la rente viagère en rente perpétuelle.

Cet arrêt, rendu le 26 mai 1829, fut déferé à la cour de cassation, et par celle-ci confirmé dans toutes ses dispositions. Voici en quels termes la cour régulatrice repousse le moyen tiré de la violation de l'article 1976 :

« Attendu que l'arrêt ne porte aucune atteinte à la liberté des stipulations sur les rentes viagères; qu'il juge seulement que, dans l'espèce, un contrat de prêt a été déguisé sous l'apparence d'un contrat de rente viagère, dans l'objet d'échapper à la loi qui prohibe toute stipulation d'intérêt usuraire; qu'il était dans les attributions de la cour de rechercher ce qui s'était réellement

passé entre les parties, et qu'après avoir reconnu que leur convention était un prêt à intérêt, elle devait réduire, comme elle l'a fait, l'intérêt au taux légal ¹.

Comme on le voit, l'usure se glisse partout, essaye toutes les chances de se dissimuler et emprunte la forme du contrat qui lui paraît le plus favorable. Tout cela prouve la sagesse de la jurisprudence qui, par l'admission de la preuve testimoniale et par celle des présomptions, facilite les moyens de la démasquer et de lui faire perdre le bénéfice illégitime qu'elle s'était proposé.

1162. — Il n'est pas de contrat que l'usure n'ait tenté de vicier. La donation elle-même n'a pas été à l'abri de ses efforts. Ainsi un prêt est consenti à l'intérêt légal, mais le prêteur exige et obtient, soit avant soit après le contrat, une donation d'une somme plus ou moins forte, laquelle, dans l'intention des parties, n'est pas autre chose qu'un supplément d'intérêt.

Petit ² pense que, dans la question d'appréciation de la validité d'une pareille donation, les faits et les circonstances sont d'une grande importance, cette question ne pouvant être résolue, en droit, d'une manière absolue. Petit se trompe en droit, et cela le plus absolument possible. La donation renfermant une usure palliée est nulle et sans effets possibles, le droit n'est pas douteux. Ce qui peut offrir une difficulté, c'est la question de savoir si l'usure existe ou non, et nous comprenons que la solution de cette difficulté dépendra des faits et circonstances. Il est cependant une considération qui domine la matière et qui semble devoir faire admettre le caractère usuraire de l'acte, à savoir : l'existence d'une donation par le débiteur au créancier. N'est-il pas, en effet, extraordinaire que, d'une part, celui qui se trouve réduit à emprunter, ou qui ne peut se libérer de ce qu'il doit, aliène ses biens à titre gratuit en faveur de son créancier, tout en restant grevé de la dette? que, d'autre part, le créancier ait le courage d'accepter les dons d'un débiteur qui ne peut pas se libérer, et qu'il ne lui concède pas en échange la décharge de la dette ³?

Que faut-il donc conclure de cette étrangeté? Pas autre chose sinon que la donation n'est que la condition et la conséquence du prêt, soit qu'elle ait été consentie pour le déterminer, soit qu'elle ait servi à obtenir une prorogation du

terme de l'exigibilité. Dans l'un comme dans l'autre cas, elle n'a qu'une cause illicite et ne peut être considérée comme l'effet d'une volonté libre. Quelques termes qu'on emploie, elle est en réalité imposée par un homme en position de dicter la loi, *debitor servus est feneratoris*. Il y manque le *nullo jure cogente*, qui est de l'essence de la donation, car *egestas excludit voluntarium* ⁴.

1163. — C'est ainsi que l'avait admis l'ancienne jurisprudence, c'est ce qu'enseignaient notamment d'Argentré, Dumoulin et Pothier.

Pour que le présent, dit ce dernier, que le prêteur a reçu de l'emprunteur soit réputé lui avoir été fait librement, et ne soit pas en conséquence infesté du vice d'usure, il faut que l'emprunteur ne l'ait fait que dans le temps qu'il a rendu la somme prêtée, ou après. S'il l'avait fait auparavant, il serait présumé ne l'avoir fait que pour que le prêteur ne le pressât pas pour le paiement, et, par conséquent, ne l'avoir pas fait avec liberté entière, ce qui suffit pour que ce présent, que le prêteur a reçu, soit regardé, en quelque façon, comme exigé, et, par conséquent, comme infesté du vice d'usure ⁵.

1164. — La question, s'étant présentée depuis la loi de 1807, a été résolue par la cour de Pau conformément à cette doctrine. Son arrêt ayant été cassé, l'affaire fut renvoyée devant la cour de Bordeaux qui, comme celle de Pau, annula la donation ⁶.

Hâtons-nous d'observer que l'arrêt de Pau, quant aux principes, ne fut nullement improuvé par la cour de cassation. Ce qui déterminait l'annulation de l'arrêt ne fut que l'admission d'un moyen de forme. Aussi, et malgré que la cour de renvoi ait jugé plutôt en fait qu'en droit, n'hésitons-nous pas à faire comme Chardou et Dalloz, c'est-à-dire à adopter pleinement la doctrine enseignée par la cour de Pau.

1165. — Sans doute cette doctrine souffre des exceptions. Ainsi si la donation faite au créancier se trouve parfaitement expliquée par les liens de parenté, d'alliance ou de vieille affection; si des services signalés, rendus depuis le prêt, et indépendamment de son existence, la motivent et la justifient, il y aurait injustice à l'annuler. La qualité de créancier et de débiteur devient, dans ce cas, indifférente. Nul ne doit être privé d'un émolument légitimement ou naturellement acquis, par cela seul que, dans une cir-

¹ 31 décembre 1833 : D. P., 34, 1, 140.

² *Traité de l'usure*, p. 61.

³ Chardon, *Doct. et Fraude*, n° 513.

⁴ Troplong, *du Prêt*, n° 567.

⁵ *De l'Usure*, n° 99.

⁶ D. P., 29, 2, 134 et 135.

constance plus ou moins critique, il serait venu au secours d'un parent ou d'un ami, en lui ouvrant sa bourse.

Que l'appréciation du juge soit appelée sur l'existence, sur la réalité de moyens justificatifs de la donation, rien de plus équitable et de plus simple. Mais nous persistons à croire que, lorsque le donataire en sera réduit à invoquer sa qualité de créancier, à ne parler que de l'avantage que sa condescendance à le devenir a procuré au débiteur, la donation doit être considérée comme la condition du prêt; comme ne faisant avec lui qu'un tout indivisible, inséparable; qu'on doit conséquemment l'annuler parce qu'elle n'a jamais été, selon l'expression de Dumoulin, *liberalis et vere spontanea*.

1106. — Il n'en est pas ainsi de la donation que le débiteur ferait à son créancier, après l'avoir intégralement remboursé. Délivré, par le paiement, de la contrainte morale à laquelle il est censé céder avant, le débiteur a repris sa liberté, rien ne le soumet plus à obéir à des exigences illégitimes, et s'il donne, c'est qu'il en a librement conçu et exécuté la pensée.

Cependant Troplong pense que, même dans ce cas, le juge doit consulter et vérifier les circonstances ayant présidé à l'accomplissement de l'acte. Elles seules, dit cet illustre jurisconsulte, peuvent le mettre à même de décider si la rémunération du débiteur a été réellement le fruit d'une pensée spontanée et libre.

1107. — La prohibition de recevoir au delà de l'intérêt légal comprend non-seulement le profit que se procurerait le prêteur en exigeant réellement quelque chose en sus des intérêts qu'il doit percevoir, mais encore celui résultant pour lui des services personnels auxquels l'emprunteur se serait soumis, outre les intérêts convenus à un taux légal.

Toutefois l'usure n'existe réellement qu'en tant que le profit exigé par le prêteur est une charge imposée à l'emprunteur. Conséquemment elle n'existerait dans l'espèce que si les services personnels étaient appréciables en argent.

1108. — Pour décider s'il en est ou non ainsi, il faut non-seulement considérer la nature du service, mais encore son caractère relativement à la qualité et à la profession de celui qui se l'est imposé. Souvent, en effet, ce qui aggraverait la position de l'un sera sans la moindre influence sur celle de l'autre.

Par sa nature, le service sera appréciable en argent, si celui qui doit le rendre ne peut le faire

sans s'imposer un sacrifice ou sans se priver d'un profit. Ainsi, dit Pothier, si je prête à un jardinier à la charge, outre l'intérêt légal, de me tailler mes arbres, le service sera appréciable en argent. Ce que je donnerais à l'ouvrier qui serait chargé de faire mon travail, ce que perd mon débiteur en consacrant gratuitement à mon service les journées qu'il utiliserait chez lui ou ailleurs, sont le double élément de cette appréciation. Il y a évidemment usure, car je réalise un profit et mon débiteur s'impose une perte.

Mais ce qui est une charge pour le jardinier n'en est pas une pour celui qui, instruit dans l'art de tailler les arbres, ne fait pas de son exercice une profession, ou n'en retire aucun profit. Si donc je prête à celui-ci à la même condition qu'au jardinier, le service que je lui impose n'est plus appréciable en argent. Il est vrai que, pour moi, ce service est une économie, mais il est, de la part du débiteur, plutôt un acte d'obligeance qu'il n'aura pas cru, si l'on veut, pouvoir me refuser, mais qui n'est jamais dans le cas de lui imposer un sacrifice quelconque, ni aucune perte appréciable.

On voit, par cet exemple, comment on doit appliquer la condition que les services soient appréciables en argent, et dans quels cas on devrait admettre ou repousser la demande en restitution, fondée sur des services personnels, exécutés outre et indépendamment du paiement des intérêts.

1109. — L'usure peut se glisser dans le contrat de société. Ce que nous avons dit précédemment nous dispense d'insister à ce sujet. Nous nous en référons à nos précédentes observations ¹.

1110. — La vente est favorable à la dissimulation de l'usure. La liberté que ce contrat laisse aux parties de fixer le prix, soit en capital, soit en intérêts, devait fixer l'attention et exciter la convoitise de ces hommes dont l'unique but est de se soustraire aux exigences de la loi de 1807.

Nous avons déjà dit que la délivrance d'une certaine quantité d'objets mobiliers était bien souvent pratiquée par les usuriers pour ajouter encore à l'énormité des intérêts qu'ils exigent. Nous avons dit aussi qu'il n'y a pas réellement vente dans ce cas; qu'on ne peut voir, dans cette délivrance, qu'un prêt, qu'une usure crierde qu'il est du devoir des magistrats de réprimer sévèrement ².

1111. — Peut-on quereller d'usure la vente

¹ Voy. *supra*, n° 1071.

² Voy. *supra*, chap. II, sect. III, n° 939 et suiv.

de marchandises faite par un commerçant ? Non, évidemment, si la vente est réelle, si le vendeur n'a fait qu'un de ces actes dont la répétition et la fréquence constituent l'industrie à laquelle il est voué. Il importerait peu que le prix de la marchandise eût été porté à un taux plus élevé que le cours du moment. C'est surtout en matière de commerce qu'on peut dire, avec le jurisconsulte romain : *In pretio emptionis et venditionis, naturaliter licet contrahentibus se circumvenire*¹. D'autre part, la qualité de l'acheteur peut être telle, que la cherté du prix soit dans de justes proportions avec le danger de non-paiement que court le vendeur.

Cependant cette cherté, poussée jusqu'à de certaines limites, pourrait constituer la fraude, surtout si, par sa position, son âge, son peu d'intelligence, l'acheteur n'avait pas été à même de défendre suffisamment ses intérêts, ou si elle était le résultat de manœuvres illégitimes.

Hors de ces hypothèses, la vente de marchandises, quel qu'en soit le prix, ne pourra être légalement querrellée d'usure. D'abord, parce que l'acheteur a pu débattre le prix; ensuite, parce qu'en matière de vente mobilière, il n'existe pas d'action en lésion, et c'est cette action qu'on prétendrait se procurer par l'articulation d'une usure.

Mais si, sous prétexte de vendre, le commerçant n'avait, en réalité, consenti qu'un prêt, l'action en usure serait recevable. En effet, par cela seul qu'on est commerçant et qu'on paraît ne faire que des actes de commerce, on ne saurait impunément se livrer à l'usure. Les magistrats ont donc le devoir d'apprécier l'opération querrellée, et, s'ils sont convaincus qu'il s'est agi non d'une vente, mais d'un prêt à un intérêt supérieur au taux légal, ils doivent appliquer, sans hésitation, la loi de 1807².

Ainsi, la question que nous avons posée est plutôt en fait qu'en droit. Elle est, dès lors, livrée à l'arbitrage souverain du juge.

1172. — La vente d'un immeuble peut également ne constituer qu'un prêt usuraire simulé. Une espèce remarquable, jugée par la cour de Paris, le 2 mai 1823, indique les caractères auxquels on doit reconnaître cette fraude.

Par acte sous seing privé, du 1^{er} avril 1809, Baudot vendit au sieur Cordier plusieurs immeubles moyennant 1,000 francs, qu'il reconnut avoir reçus comptant.

Par acte notarié, du 12 du même mois,

Cordier revendit les mêmes immeubles à Baudot, moyennant une redevance annuelle de six hectolitres deux décalitres huit décilitres (seize bichets, ancienne mesure d'Auvergne), de blé froment, payable le 1^{er} avril de chaque année et rachetable par une quantité de blé égale à vingt prestations annuelles.

Après la mort de Baudot, qui avait toujours exactement servi cette rente, ses héritiers déclarèrent vouloir la racheter, et firent au sieur Cordier une offre réelle de la somme de 1,000 francs, pour éteindre et amortir la rente créée par leur auteur.

Cette offre ayant été refusée, les héritiers Baudot en poursuivirent judiciairement la validité. A cet effet, ils prétendirent que les actes d'acquisition et de revente des 1^{er} et 12 avril 1809 étaient simulés; qu'ils avaient été faits le même jour, et qu'ils n'avaient eu pour objet que de dissimuler un prêt usuraire.

Indépendamment d'une exception de prescription décennale, Cordier soutenait au fond : que les actes attaqués étaient sérieux et sincères; qu'ils faisaient pleine foi de leur contenu contre Baudot et ses ayants cause; qu'ainsi, la redevance avait été stipulée non pas pour une somme de 1,000 francs, mais pour le prix des biens par lui vendus au sieur Baudot par le contrat du 12 avril 1809, et qu'il n'y avait rien d'usuraire dans une pareille stipulation; qu'alors même qu'on supposerait, contre la teneur des actes et contre la vérité des faits, que la rente eût été constituée moyennant un capital de 1,000 francs, il n'y aurait encore lieu de modifier une convention qui ferait la loi des parties; que la qualité et le prix des grains étant nécessairement variables, ce serait un pacte aléatoire, dans lequel il serait impossible de voir le caractère de l'usure.

Ce système échoue devant le tribunal d'Auxerre, qui, rejetant la prescription, statue au fond par les motifs suivants :

« Considérant que le sieur Cordier, entendu en personne, avoue avoir acheté de l'auteur des héritiers Baudot, moyennant 1,000 francs, le 1^{er} avril 1809, par acte privé, les héritages qu'il lui a revendus le 12 du même mois, par acte authentique, moyennant une rente en grains, remboursable en valeur de grains; qu'ainsi, il est évident que la vente du 12 avril 1809 n'est qu'une voie indirecte imaginée par le défendeur à l'effet d'obtenir, à son profit, une rente en grains en ne fournissant que de l'argent pour

¹ L. 16, Dig., § 4, de minoribus xlv annis.

² Cass., 21 août 1829, D. P., 29, 1, 343.

capital; que, par cela seul, la rente devrait être convertie en argent; qu'en effet, l'édit de 1565 défend de constituer une rente de grains pour un capital en argent, à peine par les constituants d'être poursuivis comme usuriers; que cette prohibition est renouvelée implicitement, il est vrai, mais nécessairement par la loi de 1807, qui interdit toute autre stipulation d'intérêt conventionnel qu'au taux du cinq pour cent du capital, ce qui suppose un revenu fixe et en numéraire et incoéciable avec un intérêt consistant en denrées, dont le prix varie sans cesse;

« Considérant, en outre, qu'indépendamment de cette première violation de la loi, le contrat du 12 avril 1809 a créé une énorme usure, le capital fourni par Cordier n'étant que de 1,000 francs et devant lui produire, au lieu de 50 fr., seize bichets de blé à raison, en tout temps, de 6 francs 12 centimes le bichet, indépendamment de ce que le capital à rembourser est lui-même fixé en grains, en sorte qu'il y a double usure. »

Cordier ayant émis appel de ce jugement, la cour de Paris le confirme purement et simplement par l'adoption des motifs.

1173. — A notre avis, ces documents judiciaires ne méritent qu'un seul reproche, à savoir : d'invoquer de la loi de 1807 la confirmation implicite des principes consacrés par l'ordonnance de 1565 sur la stipulation d'un intérêt en denrées. Ainsi que nous venons de le dire, cette stipulation est aujourd'hui incontestablement licite, à condition que l'intérêt en denrées n'excède pas le cinq pour cent, quelle que soit la quantité promise. Au fond, et quant à la réduction, la décision du tribunal est non-seulement équitable, mais encore au plus haut point juridique. Elle ressortait, invinciblement, des circonstances du fait. Il est évident que les seize bichets de blé n'étaient que l'intérêt des 1,000 francs prêtés, et que les deux ventes des 1^{er} et 12 avril n'étaient qu'un moyen détourné pour déguiser ce qu'un pareil intérêt avait d'illégal. Cette simulation était tellement transparente, que les héritiers Baudot avaient raison lorsqu'ils l'appelaient une fiction maladroite. Elle n'était, en effet, pas autre chose que le contrat *mohatra*, appliqué à une vente d'immeubles.

1174. — Cette évidence, susceptible d'être acquiescée dans toute autre espèce, explique pourquoi les tribunaux seront rarement appelés à statuer sur des hypothèses de cette nature. Il

faut à l'usure des chances plus sûres, et la vente à réméré semble faite pour les lui offrir.

Dans l'opinion de Chardon, ce contrat ne paraît pas avoir d'autre objet que d'aider l'usure dans ses perfides spéculations¹. Cette appréciation, la doctrine ancienne l'avait déjà faite : *Via aperta ad illicitum sanus exercendum*, disait Dumoulin², en parlant de la vente à réméré. C'est ce qui explique les répugnances qu'il fallut vaincre lorsqu'il fut question de l'insérer dans le Code.

Ceux-là mêmes qui en votèrent le maintien ne se dissimulaient pas les graves inconvénients qu'elle est dans le cas d'entraîner. Celui qui se réserve de reprendre ce qu'il aliène, n'a pas, évidemment, l'intention de vendre, et, s'il le fait, c'est qu'il ne peut autrement pourvoir aux besoins qu'il a actuellement à satisfaire. Il ne vendrait donc pas si son crédit pouvait lui procurer les sommes qui lui sont indispensables.

1175. — La vente à réméré offre donc plutôt l'idée d'un prêt que celle d'une vente. Mais, dans ces termes mêmes, il a paru convenable de la maintenir. En effet, le répit qu'elle offrira au débiteur peut lui fournir le moyen de vaincre les embarras pécuniaires le forçant à y recourir. Elle peut, dès lors, lui conserver un patrimoine qu'il eût été forcé, sans son secours, d'aliéner d'une manière définitive et à un prix inférieur à sa valeur réelle. Il ne manque pas, en effet, de gens capables de spéculer sur le besoin que le vendeur a de se défaire de ses biens, besoin qu'ils exploitent, qu'ils ne demandent pas mieux que d'exploiter.

D'autre part, la vente à réméré n'offrira jamais un prix proportionné à la valeur réelle, et plus l'acquéreur aura en vue un avantage usuraire, plus il réduira la somme pour rendre cet avantage plus considérable en cas de non-exercice du rachat. De plus, si l'immeuble est réellement livré, l'acquéreur en retirera les revenus, qui devront excéder l'intérêt légal. Ainsi, usure dans la perception de cet intérêt, usure sur le remboursement du capital, si la propriété n'est pas rachetée, telle est la double face que présente ce dangereux contrat.

Il suit de là que la justice a le plus rigoureux devoir à éclairer l'opération qui lui est dénoncée, à la rétablir dans son véritable caractère, à lui restituer ses effets naturels. Elle empêchera ainsi la consommation d'une fraude trop facile pour ne pas être très-souvent tentée.

1176. — Nous nous sommes déjà occupés de

¹ *Dol et fraude*, t. III, n. 327.

² *De usu*, quest. 36, n° 392.

la recherche des circonstances de fait pouvant donner à la vente à réméré le caractère d'un contrat pignoratif. Ces circonstances sont, avons-nous dit, 1^o la vileté du prix; 2^o le pacte du rachat; 3^o la relocation; leur réunion, avons-nous ajouté, peut suffire pour faire admettre l'absence d'une vente¹.

1177. — Peut-on arriver au même résultat, si ces trois circonstances n'existaient pas simultanément? A cet égard une distinction nous paraît indispensable.

1178. — Ce qui est surtout dans le cas de changer la nature apparente du contrat, c'est le fait de la transmission conditionnelle et temporaire de la propriété de la chose vendue. Évidemment si ce transport est fait de manière définitive et irrévocable au moment du contrat et par le contrat même, il serait difficile de voir dans ce contrat autre chose qu'une véritable vente à des conditions plus ou moins avantageuses, mais ne pouvant, dans aucun cas, autoriser une autre action que celle en lésion.

Dès lors, la stipulation de rachat est indispensable, son absence enlèverait tout moyen de soutenir que la vente n'est qu'un contrat pignoratif. Vainement, en cet état, arguerait-on de la vileté du prix et de la relocation. La première ne serait à considérer que si elle occasionnait une lésion atteignant les proportions établies par l'article 1674. La seconde ne constituerait plus que l'exercice licite d'un droit exclusivement dévolu au propriétaire.

Mais le pacte de rachat stipulé dans l'acte, la réunion des deux autres circonstances est en quelque sorte la preuve qu'il s'agit d'un contrat pignoratif. L'absence de l'une d'elles affaiblit cette preuve, mais ne la fait pas disparaître complètement, en ce sens que la présomption que l'existence de l'autre fait naître est de nature à déterminer la conviction que les autres faits du procès peuvent confirmer.

1179. — Ainsi la vileté du prix coïncidant avec le pacte de rachat, confirme ce que celui-ci fait présumer, à savoir : l'absence chez le vendeur de toute intention de vendre. La faculté de racheter est incompatible avec l'idée d'aliéner; que sera-ce donc si à cette faculté se joint un prix évidemment en dessous de la juste valeur? Il n'y a plus alors qu'une seule explication admissible, c'est que le prétendu vendeur a accepté comme prêt la somme qu'il n'eût jamais acceptée comme l'équivalent de ses biens. La prétendue aliénation qu'il en fait n'est donc plus que la garantie

de ce prêt. On ne saurait décider le contraire sans se placer en contradiction avec la vérité, sans consacrer la spoliation que l'usure s'est ménagée.

Chardon, qui professe cette doctrine, s'étaye sur cet exemple : Jacques, voulant emprunter 6,000 francs, vend à Jean, moyennant cette somme, un domaine affermé 600 francs et l'acquiesce des contributions, avec la faculté de racheter ce domaine dans cinq ans, en rendant les 6,000 francs. Qui refuserait, dit cet auteur, de voir, dans ce traité, un prêt à dix pour cent, offrant en outre la perspective pour le prêteur d'obtenir le double de son capital, si l'emprunteur ne profite pas du délai pour se libérer? Pour tolérer une pareille exaction, il faudrait méconnaître l'article 2088 du Code et la loi de 1807².

La vileté du prix, qui ne serait pas par elle seule un indice de fraude, la fait fortement présumer lorsqu'elle se réunit au pacte de rachat.

1180. — La relocation ne produit pas, dans les mêmes circonstances, un effet moins décisif. D'une part, le pacte de rachat, disions-nous, exclut toute intention de vendre; de l'autre, la relocation fait supposer que l'acheteur n'a pas voulu sérieusement acheter. Celui qui acquiert réellement une chose ne le fait que pour la posséder et en jouir. Comment donc interpréter la conduite de cet acquéreur, dont le premier acte est de laisser la jouissance et la possession aux mains du vendeur?

Vainement exciperait-on de l'existence d'un bail pour justifier la précarité de la possession du vendeur, l'existence de ce bail serait sans influence aucune, parce que la réussite de la simulation dont il est argué l'amènerait forcément. Elle n'est qu'une conséquence de l'apparence donnée à l'acte. Vouloir donc justifier celle-ci par celle-là, c'est appeler la fraude au secours de la fraude. D'ailleurs, s'il n'y a pas vente, il y a prêt, et dès lors nécessité de stipuler un intérêt quelconque. C'est cet intérêt que la nécessité de la stipulation a fait qualifier prix d'un bail, qualification qui devait tomber devant la certitude qu'il n'existe pas de vente sérieuse.

La faculté de rachat et surtout la rétention de la possession excluent toute idée de vendre chez le prétendu vendeur. Le consentement donné à cette rétention, même par un bail formel, exclut chez l'acquéreur l'intention d'acheter. La coïncidence de ces deux présomptions doit être considérée comme établissant sans réplique le véritable caractère de l'acte.

¹ Voy. *supra*, chap. II, sect. III, n^o 946.

² Du *Dol et de la Fraude*, n^o 312.

Ainsi donc la réunion des trois circonstances que nous avons énumérées n'est pas nécessaire. Il suffit qu'au pacte de rachat vienne se joindre ou la vileté du prix ou la relocation. Si elles existaient toutes trois, la démonstration de la fraude n'en serait que plus évidente. Au reste, nous dirons à cet égard ce que nous avons déjà dit et ce que nous serons amené à répéter encore : en cette matière, comme dans toutes les appréciations de fait, la solution est livrée à l'arbitrage souverain du juge. Elle peut constituer un bien ou mal jugé, jamais une violation de la loi susceptible de censure de la part de la cour de cassation¹.

1181. — L'acte de vente déclaré contrat pignoratif est nul comme vente, il n'a donc jamais pu en produire les effets. Ainsi la propriété n'a pas cessé de résider sur la tête du débiteur. Elle est donc soumise aux droits que les créanciers de celui-ci auraient acquis avant la résolution du contrat, comme elle est affranchie de toutes les charges dont le prétendu acquéreur l'aurait grevée. Par rapport à lui, l'acte ne lui confère qu'un simple droit d'obligation l'autorisant à se faire rembourser du capital et des intérêts légaux.

Ce résultat est indépendant d'une usure quelconque. Le contrat pignoratif ne peut dans aucun cas, aux termes de l'article 2088, transférer au créancier la propriété, il ne lui donne que le droit, à défaut de paiement au terme convenu, de poursuivre l'expropriation des biens qui lui ont été donnés en antichrèse. En conséquence le contrat de vente, reconnu n'être qu'un contrat pignoratif, ne saurait produire d'autres effets, alors même qu'il ne renfermerait aucune usure.

Si l'usure existe, il est pourvu à l'intérêt du débiteur par l'imputation de ce qu'il a indûment payé, d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital.

1182. — L'usure, qui a abusé du contrat de mariage, de la donation, du contrat à la grosse, de la vente, a aussi tenté de se déguiser derrière l'échange. C'est ce que pratiquait un usurier d'Alsace. Il achetait habituellement de petits héritages, et lorsqu'on venait lui emprunter de l'argent, il obligeait l'emprunteur à en prendre un à titre d'échange pour le prix qu'il y mettait. De cette manière il ne figurait que comme créancier d'une soule et jamais comme prêteur. Il espérait ainsi jouir impunément du fruit de ses rapines, car il s'assurait par ce moyen un intérêt quelquefois de 50 et de 80 pour cent.

Mais son attente fut déçue; un de ces prétendus échanges ayant été déferé à la justice, la cour de Colmar refusa de reconnaître les caractères de ce contrat, le déclara un simple prêt usuraire et l'annula, délaissant les parties à se régler pour ce qui avait été réellement prêté, compensation faite avec ce qui était déjà payé².

1183. — Nous pourrions multiplier les exemples et, parcourant tour à tour les autres contrats, démontrer qu'ils peuvent aussi, quelle que soit leur spécialité, recéler l'usure sous des apparences de légalité irréprochable. Nous en avons dit assez pour prouver que l'usure est douée d'une subtilité qui ne le cède qu'à son audace. Il faut donc, pour la combattre et la vaincre, une perspicacité rare, une patience à toute épreuve, une persévérance obstinée. La loi, en conférant la répression aux tribunaux, leur a conféré le pouvoir que cette mission exigeait, en les armant du droit d'apprécier souverainement les faits et les actes, et de s'arrêter plutôt à l'intention des parties qu'à la lettre, même expresse, de leur contrat. Que les magistrats veillent donc avec une sévère exactitude, mais que l'horreur de l'usure ne les entraîne jamais à porter atteinte à des conventions légitimes, injustement attaquées. Impitoyables pour la fraude, ils doivent, avec la même rigueur, proscrire les attaques que dicterait l'imprudence ou la déloyauté.

1184. L'usure ne devient un délit que par la répétition et la fréquence des actes qui la constituent. La loi correctionnelle n'atteint, en effet, que l'habitude, mais chaque fait usuraire ouvre une action à la partie lésée. Dans l'un et dans l'autre cas, l'usure se déguisant à l'aide de titres écrits qu'il faut anéantir, on a prétendu que soit l'action au civil, soit celle du ministère public ou criminel, ne pouvait être admise que si elle s'étayait d'une preuve écrite.

1185. — L'article 1311, a-t-on dit, proscriit toute preuve testimoniale outre et contre le contenu de l'acte. Par application de ce principe, on doit reconnaître que l'habitude d'usure, quoique constituant un délit, ne peut être établie par la preuve testimoniale. Il est, en effet, des délits qui n'admettent pas ce genre de preuve; telle est notamment la violation de dépôt, lorsqu'il s'agit d'objets valant plus de 150 francs.

Mais ce système proscriit par la cour de cassation, le 2 décembre 1813, a été depuis complètement abandonné.

1186. — Battue sur ce terrain, l'objection s'est rejetée sur l'action de la partie qu'elle a

¹ Cass., 3 mars 1825; D. P., 25, 1, 177.

² 25 mars 1825; D. P., 25, 2, 175.

voulu repousser par la même fin de non-recevoir. Ce système, consacré par un arrêt de la cour de Pau, est celui qu'adopte Sirey ¹.

1187. — Mais le système contraire, soutenu par de nombreux et graves auteurs, ² a prévalu en jurisprudence ³. Il faut bien le reconnaître, sans cette solution, les lois répressives de l'usure n'étaient plus qu'une lettre morte sans application possible.

On ne viole pas une loi formelle sans prendre toutes les précautions susceptibles d'assurer la réussite du projet ayant déterminé cette violation. Comment se flatter de voir l'usure laisser sur son passage des traces écrites, elle qui, pour mieux se déguiser, emprunte toutes les formes, déploie toutes les ruses les plus subtiles, et sait ainsi se soustraire parfois à toute poursuite? Mettre sa répression au prix d'une preuve écrite, autant valait la proclamer inviolable.

Est-il vrai, d'ailleurs, que l'article 1541 puisse régir la matière? Cet article ne concerne que l'intérêt particulier, dont elle prévoit et punit la légèreté et l'imprudence. Chaque partie peut renoncer à un avantage personnel, et cette renonciation, la loi la fait résulter de l'absence d'une preuve écrite. Mais nul ne peut renoncer à une prescription d'ordre public, réprimer le commandement d'une prohibition dans un intérêt général. Or l'usure intéresse l'un et l'autre, et, à ce double titre, son inefficacité est absolue, radicale et n'admet pas même de convention contraire. Serait-il donc possible de faire, par un défaut de preuve littérale, ce que ne ferait pas l'engagement le plus positif?

1188. — Troplong a raison. Le simple bon sens indique que telle n'a pas été la pensée du législateur. Car, pour décider le contraire, il faudrait aller jusqu'à admettre que la loi a eu pour objet d'assurer l'impunité à l'usure qu'elle semblait proscrire, et de donner aux usuriers une égide et un encouragement pour ne laisser aucune trace apparente de leurs pratiques abusives, pour envelopper les desseins de leur cupidité sous les couleurs trompeuses d'un acte licite.

D'ailleurs, si le délit d'usure ne résulte que de l'habitude, il est certain que cette habitude n'est elle-même que la conséquence naturelle des faits divers la constituant. Dès lors chacun de ces faits est un élément essentiel du délit, sans être le délit lui-même. La loi qui réprime celui-ci ne saurait

tolérer des actes qui aboutissent à le caractériser.

Enfin la participation du débiteur au contrat n'est d'aucune considération. D'abord parce qu'il n'appartient à personne de violer l'ordre public ou l'intérêt général ⁴. La nullité résultant de cette violation, étant absolue, peut être invoquée par tous. Ensuite, parce qu'en matière d'usure le débiteur est censé céder à une violence morale à laquelle il ne peut résister.

1189. — La preuve testimoniale est donc admissible pour le fait spécial d'usure commue pour le délit lui-même. De là cette conséquence que, sans y recourir, les juges peuvent déclarer la convention usuraire, si des présomptions graves, précises et concordantes viennent leur en donner la conviction.

1190. — Dans l'hypothèse même où ces présomptions, où la preuve testimoniale ne paraîtraient pas décisives, les juges pourraient, en vertu des articles 1566 et 1567, déférer le serment supplétoire. Cette faculté, que Chardon s'efforce de justifier, n'est contestée par personne. Oui, les juges le peuvent. Le doivent-ils? c'est ce qui est plus délicat et plus grave.

Il est peu d'exemples d'un individu reculant devant la nécessité d'affirmer sous serment l'allégation qu'il a judiciairement produite et soutenue. Déférer à une partie la décision de son procès, c'est s'exposer à ne pas toujours consacrer la vérité.

Charlon, cependant, enseigne non-seulement que les juges ne doivent pas hésiter à déférer le serment, mais encore qu'il convient de le déférer au débiteur alléguant l'usure. Mais, en pareille matière, l'absolu offre d'inévitables dangers.

1191. — Nous tenons donc que la plus extrême prudence doit diriger l'exercice de cette faculté; que le serment ne doit être déféré que lorsque, par la gravité des présomptions relevées, cette formalité est en réalité une précaution pour vaincre un dernier scrupule de la conscience. Si le juge n'est pas convaincu, si les présomptions ne lui paraissent pas recevables, un serment prêté après un tel débat rassurera-t-il et sa raison et sa conscience?

1192. — Quant à celui à qui le serment doit être déféré, nous ne voyons pas de moyen de le désigner sans empiéter sur la conscience du juge. La loi l'autorise à le déférer à l'une des parties; c'est donc à sa sagesse et à sa prudence

¹ 17 mars 1821; Sirey, 25, 1, 45 et 46.

² Toullier, t. IX, n^o 195; Chardon, n^o 520; Troplong, n^o 605; Duranton, t. XIII, n^o 552; Garuier, de l'usure, p. 110; Zachariae, t. III, § 98, note 20; Duvigier, n^o 307; Dalloz, t. XII, p. 721.

³ Caen, 25 juillet 1827; Bourges, 2 juin 1851; Sirey, 50, 2, 204 et 52, 2, 120; cass., 28 juin 1821 et 18 février 1829; D. P., 29, 1, 375.

⁴ Limoges, 28 février 1859; D. P., 39, 2, 267.

qu'elle s'en rapporte. Il est d'ailleurs seul en état d'apprécier les antécédents et la moralité des plaieurs, et s'il est vrai qu'une précédente condamnation pour usure doit rendre le créancier suspect, il peut se faire aussi que la conduite passée du débiteur ait été telle qu'il y aurait danger à s'en rapporter à lui. Il faut donc s'en tenir à l'avis de la loi elle-même, et laisser le magistrat arbitre souverain d'un choix qui lui appartient exclusivement.

1193. — L'existence de l'usure prouvée, le contrat qui en est vicié doit être ramené à des proportions légales. Le débiteur est dès lors autorisé à se faire restituer, soit directement, soit par imputation sur ce qui reste dû, toutes les sommes qu'il a indûment payées. L'action quant à ce, formellement édictée par l'article 3 de la loi du 3 septembre, n'a jamais rencontré de contradiction, ni soulevé de difficultés.

1194. — Cette action est ouverte en faveur du débiteur, ses héritiers ou ayants cause, y compris ses créanciers. Ces derniers ont un intérêt évident à tout ce qui est de nature à grossir l'actif de leur débiteur. On ne saurait donc les évincer de l'instance que, dans le silence de celui-ci, ils auraient eux-mêmes introduite, soit pour constater l'usure, soit pour en revendiquer les conséquences. Cette instance trouverait sa recevabilité dans la disposition des articles 1106 et 1107 du Code civil.

1195. — L'action en réduction ou en compensation est toujours une action principale que le débiteur ou ses ayants cause doivent directement exercer. Elle ne peut jamais être jointe à l'action en répression du délit poursuivi par le ministère public.

Nous l'avons déjà dit : ce qui constitue le délit d'usure, c'est l'habitude ; sans doute chaque fait spécial est un des éléments du délit, mais n'est pas le délit lui-même. Dès lors l'action civile se poursuit concurremment avec l'action criminelle, ne pouvant résulter que d'un délit, n'appartient à aucun des débiteurs lésés par le fait spécial.

De là il suit que, quels que soient les termes de l'article 3 de la loi du 3 septembre 1807, on ne doit confondre ni le principe ni les effets des deux actions qu'il autorise. Ainsi le tribunal correctionnel, compétent pour juger le délit d'habitude, a sans doute la faculté, pour la détermination de l'amende, de relever et d'indiquer nominativement les créances qu'il trouve usuraires, mais cette indication faite épuise sa compétence, en ce sens qu'il ne peut prononcer ni résiliation ni compensation. L'une ou l'autre ne

peuvent être que la conséquence d'une action dont la connaissance est exclusivement déferée aux tribunaux civils.

1196. — De plus, et en vertu du principe de la séparation du criminel et du civil, la chose jugée par le tribunal correctionnel n'a aucune influence nécessaire dans l'instance civile. Ainsi, quoique la créance, dont la réduction fait l'objet de celle-ci, se trouve nommément parmi celles déclarées usuraires et ait concouru à la détermination de l'amende, le tribunal civil peut ordonner une instruction nouvelle et écarter la prétention d'usure, si son existence ne lui paraît pas suffisamment démontrée. On comprend, en effet, que le prévenu d'habitude d'usure, se débattant contre une masse de faits, n'ait pu faire pour chacun d'eux des justifications qu'une attaque, concentrant la difficulté sur un seul point, lui permettra d'offrir.

Par la même raison, la créance, que le tribunal correctionnel n'aurait pas rangée dans la classe des faits usuraires, pourra être considérée comme telle par le tribunal civil, l'instruction ordonnée sur l'action du débiteur étant de nature à confirmer une prétention qui ne s'appuyait, dans la poursuite criminelle, que sur le dire personnel du débiteur lui-même.

1197. — Ainsi l'exception péremptoire de chose jugée ne peut résulter ni en faveur, ni au détriment du créancier, de la décision intervenue sur la poursuite du ministère public. Cette exception, le jugement qui aurait prononcé la légitimité de la créance contradictoirement entre le créancier et le débiteur, pourrait seul l'établir ; ainsi le débiteur poursuivi en paiement, et condamné définitivement, ne pourra plus soutenir que la dette était entachée d'usure ; c'était là une exception de nature à mettre obstacle à la condamnation, tout au moins à la faire modifier. Il devait donc l'opposer, et le silence qu'il a gardé avant cette condamnation, il n'est plus recevable à le rompre après, il ne peut en être relevé que si le jugement peut encore être attaqué par les voies ordinaires.

1198. — En effet, l'exception d'usure, étant un moyen et non une nouvelle demande, peut être proposée pour la première fois devant la cour d'appel ; c'est ce que la cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 31 décembre 1853¹.

1199. — Chardon pense qu'un jugement intervenu sur l'exécution du titre, spécialement

¹ D. P., 31, t. 110.

sur la validité d'une saisie mobilière, ne constituerait pas la chose jugée sur la légitimité du titre¹. Nous ne saurions être de son avis, surtout après avoir consulté l'espèce qu'il emprunte à Dumoulin, et sur laquelle il étaye son opinion. Dans cette espèce, en effet, c'était un créancier disputant un droit de priorité dans une instance en distribution du prix d'une maison saisie. Conformément à la loi de l'époque, tous les créanciers avaient été admis à la saisie, et c'est dans cette admission purement conservatoire que le créancier contesté voulait trouver une fin de non-recevoir contre l'usure qui lui était reprochée. Cette fin de non-recevoir fut repoussée, car l'admission pouvait bien au pis aller conférer la qualité de créancier, mais non déterminer le chiffre exact de la créance, ni encore moins la purger du vice d'usure qui, comme l'observe Dumoulin lui-même, n'avait pas même été articulé : *In quo de usura non fuerat disputatum*.

Tout cela n'a rien de commun avec la décision rendue sur la validité de l'exécution d'un titre entre créancier et débiteur. Le sort de la saisie dépend évidemment de celui de la créance, surtout en matière d'usure. Son existence reconnue amène la nécessité d'un règlement pour établir le chiffre de la restitution ou de l'imputation. Elle enlève donc à la créance toute liquidité. Or, on ne peut saisir que pour une somme liquide et exigible. La validité de la saisie, reconnaissant ce double caractère aux sommes exigées, établit donc explicitement la légitimité de la créance.

L'opinion de Chardon ne nous paraît donc pas admissible, tout au moins faudrait-il en réduire l'application au cas où la saisie n'aurait été contestée que sous le rapport de la forme. Dans cette hypothèse, en effet, on ne saurait opposer au débiteur qu'une reconnaissance implicite de la validité du titre, résultant de ce qu'il n'aurait contesté la saisie qu'en la forme. Mais à ce reproche le débiteur pourrait répondre que le vice d'usure ne pouvant être ratifié, sa reconnaissance implicite ne saurait sortir à effet.

1200. — Le fondement de cette réponse est parfaitement juridique; en effet, l'usure et sa répression intéressant l'ordre public, le vice que son existence crée n'est pas susceptible d'être expressément, et moins encore tacitement ratifié.

Le motif de cette prohibition est prisé dans la considération que nous rappelions tout à l'heure, à savoir : que le débiteur est censé cé-

der à une violence morale. Or, ce défaut de liberté, existant à l'endroit du titre constitutif de l'usure, existerait également à l'endroit de l'acte de ratification; ce qui vicie le premier vicierait donc infailliblement le second.

Mais de là cette conséquence que la ratification, donnée expressément ou tacitement après la libération, rendrait toute recherche ultérieure non recevable. Le débiteur qui a payé reprend toute sa liberté, il n'a plus rien à redouter des exigences de son créancier. L'action en répétition qui lui reste est une faveur de la loi à laquelle il lui est loisible de renoncer; cette renonciation s'induit de la ratification; dès lors l'existence de celle-ci rendrait à l'avenir toute réclamation non recevable, à moins que l'acte de ratification ne fût que le résultat du dol ou de la fraude.

Il en est de la transaction comme de la ratification, celle qui serait consentie pendant l'existence de la dette serait sans effet et ne ferait nul obstacle à la restitution intégrale du débiteur usuré; au contraire, celle intervenue après paiement sortirait définitivement à exécution, et les sommes abandonnées ne pourraient plus être répétées. Celui qui peut valablement renoncer au tout peut incontestablement renoncer à la partie, donc celui qui a la faculté de ratifier purement et simplement peut, à plus forte raison, transiger.

1201. — Une autre fin de non-recevoir pourrait être opposée par le créancier à la demande en restitution, à savoir : celle tirée de la prescription. La question de savoir si le fait usuraire est susceptible de prescription a été controversée dans l'ancien droit, elle ne l'est plus aujourd'hui. L'affirmative, que soutenait Dumoulin², est admise en doctrine et en jurisprudence.

À quel moment convient-il de fixer le point de départ de cette prescription? Évidemment au jour où l'opération s'étant liquidée, les parties sont devenues étrangères l'une à l'autre. En effet, tant que le débiteur ne s'est pas libéré, l'usure se continue et se poursuit; elle se renouvelle à chaque perception. Conséquemment, si pendant cette période la prescription pouvait courir, il arriverait un moment où, par son accomplissement, la fraude aurait acquis une existence certaine en commandant l'exécution, c'est-à-dire qu'on acquerrait le droit de violer la loi, par cela seul qu'on l'aurait violée pendant un temps fort long.

¹ *Dol et fraude*, n^o 554.

² *De Usu*, quest. 17, n^o 190.

D'autre part, le débiteur menacé de poursuites, ou poursuivi à chaque nouvelle échéance, ne peut, par son silence antérieur, avoir aliéné le droit de se défendre, et ce droit renait avec les prétentions qu'il a pour objet de combattre. Il peut donc être exercé tant que le créancier vient par ses demandes en provoquer l'exercice, sans avoir égard au temps plus ou moins long qui sépare les demandes de l'origine de la créance : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*. Voulait-on considérer les paiements antérieurs comme une reconnaissance du droit, qu'on n'arriverait à aucun résultat utile, puisque, ainsi que nous venons de le voir, l'usure n'est pas susceptible d'être reconnue ou ratifiée tant que le débiteur est asservi à ses liens.

La prescription ne peut donc courir contre le débiteur qu'à partir de sa libération. Alors, en effet, le droit de réclamer l'indemnité du préjudice est acquis, et avec son ouverture commence contre le débiteur une véritable mise en demeure de l'exercer. Son silence a une signification d'autant plus expresse qu'il est en position d'abandonner formellement l'avantage que la loi lui assure, et c'est dans le sens de cet abandon qu'il doit être interprété. Jusque-là, en effet, tout ce qu'il a fait n'est considéré que comme le résultat de la contrainte morale qu'il subissait, mais cette contrainte cessant on pourrait plus ni expliquer ni excuser son inaction.

1202. — Par quel laps de temps le créancier aura-t-il prescrit contre le débiteur ?

En thèse ordinaire, l'action pour usure ne se propose qu'un seul but, celui de faire ordonner la restitution de ce qui a été injustement perçu d'une part, indûment payé de l'autre. Elle est donc une véritable action en répétition, et, comme telle, elle ne se prescrit que par trente ans.

Vainement a-t-on excipé des termes de l'article 1304 pour soutenir que la prescription décennale était applicable; cet article ne régit que les actions en nullité ou en rescision. Or, l'acte entaché d'usure n'est ni nul ni rescindable, il est seulement réductible. Ainsi l'usure admise, reste un engagement licite pour tout ce que le débiteur a réellement reçu, et dont rien ne peut empêcher la stricte exécution dans les proportions réduites. C'est ce qui faisait dire à Dumoulin¹ : *quia condicimus indebitum non dicitur venire contra pacta et conventiona, nec patere illa rescindi*.

Si donc l'action n'est pas celle de l'article 1304, il devient évident que sa durée ne saurait être régie par lui. Elle reste donc soumise soit au principe général, soit au principe spécial à la répétition de l'indu.

1203. — Toutefois cette règle n'est applicable qu'à l'usure ressortissant d'un acte d'obligation pur et simple. L'usure palliée sous l'apparence d'un autre contrat obéit à d'autres principes. L'action, en ce cas, prend tous les caractères de celles dont il est question en l'article 1304. Il ne s'agit plus, en effet, d'une action simple en répétition, mais bien en nullité de la vente, de la donation recélant l'usure. Cette nullité prononcée, l'acte est anéanti dans tous ses effets. L'action est donc, dans ce cas, réellement *contra pacta et conventiona*, elle a pour objet principal leur rescision, *petit illa rescindi*, elle doit conséquemment être intentée dans les dix ans.

1204. — Mais, ainsi que nous l'avons fait observer ailleurs², ce délai s'applique à l'action directe du débiteur. Si l'usure palliée avait créé un contrat dont le créancier demanderait l'exécution, la prescription lui serait en tout temps opposable, eu force de la maxime que nous rappelions tout à l'heure : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*.

SECTION VII.

FRAUDES DANS LES MANDATS.

SOMMAIRE.

- 1205. — Caractère et importance du contrat de mandat.
- 1206. — Facilités qu'il offre à la fraude.
- 1207. — Conséquences.
- 1208. — Le mandataire répond de sa fraude.
- 1209. — Obligations que crée l'acceptation du mandat.
- 1210. — Forme de l'acceptation. — Peut-elle résulter de silence gardé sur la proposition ?
- 1211. — Quid pour les notaires, avoués, commissionnaires ?
- 1212. — Obligations imposées en cas de refus.
- 1213. — Conséquences de l'acceptation.
- 1214. — Obligation d'accomplir le mandat jusqu'à révocation.
- 1215. — Première exception à cette règle. — Devoirs du mandataire placé dans l'impossibilité de remplir le mandat.
- 1216. — Seconde exception. — Force majeure.
- 1217. — Devoir du mandataire de se conformer strictement à son mandat, quant à la quantité et à la qualité des choses demandées.
- 1218. — Quant au prix.
- 1219. — La chose achetée au delà de ce prix doit-elle rester pour le compte de mandant, si le mandataire prend l'excédant à sa charge ?

¹ Quest. 19, n° 500.

² Voy. *supra*, n° 631 et suiv.

1220. — La limitation du prix ne fait pas disparaître l'obligation d'acheter à un prix moindre, s'il y a possibilité.
1221. — Devoir du mandataire de rectifier l'erreur évidente du mandant.
1222. — Le mandataire est tenu d'administrer en bon père de famille.
1223. — Délits caractérisés par l'infidélité du mandataire. — Différence entre l'abus d'un blanc seing et les détournements.
1224. — Peine contre l'application, à l'usage personnel du mandataire, des fonds provenant du mandat.
1225. — Nécessité d'entreprendre, dès l'acceptation, l'opération faisant la matière du mandat.
1226. — De tenir le mandant au courant de l'affaire.
1227. — Administration du mandataire. — Ce qu'on doit attendre de lui.
1228. — Il commet une faute grave s'il divulgue le secret de l'opération.
1229. — S'il accepte comme bonnes des marchandises de qualité inférieure ou mauvaise.
1230. — S'il traite avec des individus notoirement insolvable.
1231. — S'il substitue ses pouvoirs sans y être autorisé, et, en cas d'autorisation, s'il choisit une personne incapable ou insolvable.
1232. — Responsabilité du mandataire vis-à-vis des tiers.
1233. — Obligation du mandataire de rendre compte. — Étendue de cette obligation.
1234. — Elle comprend les profits, même illégitimes, réalisés à l'occasion, mais non ceux opérés par l'abus du mandat.
1235. — Mais le mandataire ne peut s'attribuer au delà du salaire convenu.
1236. — Obligation du mandant par rapport au mandataire.
1237. — Conditions exigées pour que les tiers puissent recourir contre le mandant.
1238. — Première condition : se réalise le plus ordinairement en matière civile et dans le commerce pour les affaires traitées par commis voyageurs.
1239. — Nature des pouvoirs de ceux-ci. — Importance de sa détermination.
1240. — Règles s'induisant de l'autorisation donnée au mandataire commercial d'agir en son propre et privé nom.
1241. — Exceptions à la première règle : 1^{re} Lorsque le mandataire est légalement le représentant du mandant.
1242. — 2^o Lorsque celui-ci étant notoirement connu, c'est à lui que les tiers sont présumés avoir fait confiance.
1243. — Controverse à ce sujet. — Opinion de Pothier, de Delamarre et Lepoitevin, de Troplong.
1244. — Conclusion.
1245. — Exceptions à la seconde règle en matière d'assurances. — Premier motif : empêcher que l'assurance ne soit qu'un jeu.
1246. — Deuxième motif : responsabilité du mandant quant aux prescriptions de l'article 348 du Code de commerce.
1247. — Responsabilité mutuelle du mandant et du mandataire.
1248. — Celle du dernier ne s'étend pas au delà du mandant.
1249. — Conséquences légales de la désignation du mandant.
1250. — Deuxième condition : Que le mandataire n'ait pas excédé ses pouvoirs.
1251. — Effets de l'excès, relativement au mandataire.
1252. — Relativement aux tiers.
1253. — Exceptions à la règle qu'en cas d'excès le mandant n'en est pas tenu. — Première, obscurité ou ambiguïté du mandat.
1254. — Deuxième, excès fondé sur la procuration elle-même. — Devoirs du mandant pour la restitution de celle-ci.
1255. — Troisième, modifications de mandat par acte séparé.
1256. — Quatrième, ratification. — Ses caractères. — Ses effets.

1205. — Le mandat est un des contrats les plus importants, les plus utiles, en matière commerciale surtout. Grâce à son utile secours, chacun peut agir dans les localités les plus éloignées et étendre ses relations sans être exposé de recourir à des préposés spéciaux dont le moindre inconvénient était la dépense considérable qu'ils entraînaient. Aussi est-ce avec toute raison que Savary a pu dire qu'il n'y a rien qui maintienne tant le commerce, que les commissionnaires ou correspondants. Car, par leur moyen, les marchands et banquiers peuvent négocier dans tout le monde, sans sortir de leurs magasins ou comptoirs ¹.

Les services que le mandat est appelé à rendre au commerce se réalisent également, quoique dans de moindres proportions, dans les affaires civiles. C'est en usant de ce contrat que les citoyens peuvent agir dans les lieux les plus éloignés de leur domicile, sans se donner le souci, les fatigues et les dépenses d'un long voyage.

1206. — Mais par cela même que ce contrat exige, d'une part, le plus complet abandon, la plus entière confiance; d'autre part, la bonne foi la plus loyale, son exécution peut offrir beaucoup de dangers par la facilité qu'elle offre pour toute sorte de fraude. C'est cette couvenance qui faisait Savary s'écrier : *Qui fait ses affaires par commission va à l'hôpital en personne*. Cependant, nous venons de le voir rappeler tout ce qu'un pareil contrat a d'avantageux pour le commerce. « Mais, dit-il, si un commissionnaire est très-affectonné à conserver les intérêts du commettant, il est certain qu'il est capable de le ruiner. Il y en a un nombre infini d'exemples, et je puis parler comme savant, pour y avoir été plusieurs fois trompé, et je l'ai aussi vu en plusieurs arbitrages, dont j'ai été sur des différends qu'il y avait entre des commettants et des commissionnaires, où j'ai vu des tromperies effrayables ². »

Le commerce n'a pas exclusivement le triste

¹ *Parfait négociant*, t. 3, chap. 1^{er}; *Des Commissions*, t. 1^{er}, p. 234.

² *Ibidem*, chap. VIII, p. 114.

privilège des hommes capables de ces *effrayables* tromperies. Le mandat civil offre des chausés identiques. Nous pourrions aussi citer de nombreux exemples de mandataires infidèles, qu'une coupable avidité a portés à ne voir, dans le mandat, qu'une spéculation à leur profit, et dont la fortune s'est scandaleusement créée sur les débris de celle dont la gestion leur était confiée.

1207. — Un pareil danger, quelque grave qu'il soit, ne pouvait pas faire disparaître de nos Codes le mandat civil ou commercial, mais il exigeait un surcroît de précaution; et dans l'examen de leur accomplissement, une sévérité d'appréciation capable de déjouer et de décourager la fraude. Plus encore que dans la vente, l'échange ou le louage, il fallait donner le caractère frauduleux à l'infraction d'une obligation ou d'un devoir, abstraction faite de l'intention qui en a été le mobile. C'est en pareille matière surtout qu'on doit dire, avec le législateur romain : *Fraus non in consilio, sed in eventu*.

1208. — C'est ce que le législateur de notre Code a admis. En effet, l'article 1992 déclare le mandataire responsable non-seulement de son dol, mais encore de sa faute, alors même que le mandat est gratuit. Dans ce dernier cas, seulement, la faute est moins sévèrement appréciée, ce qui était naturellement indiqué par la raison et la justice.

Telle était aussi l'opinion de cette école italienne qui a versé tant de lumières sur la matière commerciale. Et par faute, on entendait même l'erreur échappée au mandataire et communiquée au mandant, si cette erreur était de nature à causer à celui-ci un dommage quelconque : *Si recipiens litteras cambii, per errorem scripserit eas acceptatas fuisse, tenetur de omni damno erga remittentem*¹, car, *error excusat errantem, quando agitur de evitando proprio damno, secus si ageretur de damno alterius*².

Ainsi, en matière de mandat, la faute même légère équivalait à la fraude et en produisait tous les effets. Cela posé, nous avons à examiner les obligations respectives du mandataire et du mandant, dont la violation ou l'inexécution constitue la faute punissable.

1209. — En principe, l'acceptation du mandat crée, pour le mandataire, trois obligations principales : 1° celle d'accomplir la mission dont il est chargé tant que le mandat n'est pas révoqué, et même, après révocation, de terminer ce

qui ne pourrait être suspendu sans préjudice pour le mandant;

2° Celle d'accomplir le mandat en bon père de famille;

3° Celle de rendre compte de la gestion.

1210. — Occupons-nous d'abord de l'acceptation, car sans elle point de contrat et, par conséquent, point d'obligation. Or, cette acceptation est, dans tous les cas, au libre arbitre de celui à qui le mandat est proposé. Nul, en effet, ne saurait être contraint à accepter la direction des affaires d'autrui. Le mandat qu'on offrirait dans cet objet peut donc toujours être refusé.

L'acceptation n'a pas besoin, dans tous les cas, d'être expresse; elle peut se réaliser tacitement. C'est ce qu'on devrait induire de l'exécution que le mandataire aurait donnée au mandat.

Peut-elle résulter du silence gardé sur l'offre du mandat? En principe de droit, la négative ne saurait souffrir de difficultés; personne, en effet, n'étant tenu d'un acte de ce genre, la volonté de l'accepter doit être certaine. Cette certitude peut bien s'induire du commencement d'exécution, mais on ne saurait la rencontrer dans le silence qu'accompagne l'abstention la plus absolue. Dans une pareille occurrence, se taire, ce n'est pas consentir, c'est lieu plutôt refuser.

1211. — Mais on admettrait le contraire si la proposition du mandat s'adresse à un de ceux dont l'état, comme l'observe Pothier, est de gérer les affaires d'autrui. Tels sont les avoués, les notaires, les commissionnaires commerciaux. Celui à qui on s'est adressé pour une affaire de son ministère doit, s'il ne peut ou ne veut s'en charger, écrire immédiatement son refus. A défaut, il serait présumé avoir accepté le mandat, et il deviendrait, dès lors, responsable de la négligence qu'il aurait mise à le remplir, et tenu, par conséquent, du préjudice que cette négligence pourrait occasionner. La raison en est, dit Troplong, que l'office des uns et des autres est acquis de droit à quiconque le leur demande. Ils sont censés provoquer, solliciter les clients par leur exercice public; accepter, par conséquent, ceux qui se présentent; pour faire tomber la preuve manifeste qui ressort de cet état de choses, il faut qu'ils s'expliquent en donnant un refus formel³.

C'est surtout pour le commissionnaire commercial que cette obligation est plus impérieuse et plus étroite. Le temps est, en commerce, un

¹ Casaregis, de Com. disc., n° 34.

² Ibid., n° 65.

³ Art. 1991, n° 344.

élément extrêmement précieux qu'il convient de ménager, car le moindre retard, pouvant substituer une chance contraire à une chance avantageuse, est dans le cas d'occasionner un préjudice considérable. Celui-là donc qui refuse le mandat qui lui est adressé doit, par le retour du courrier et sous le plus bref délai, aviser le mandant de l'impossibilité où il est d'accéder à ses désirs : *Quinimo si ille nullatenus posset omnia explere, teneretur sub onere solvendi de proprio, statim nunciare mandati ejus impotentiam vel impedimentum, ut, si velit, alterius opera utatur*¹.

C'est là, sans doute, une dérogation au droit commun, mais l'intérêt des affaires en général, celui du commerce en particulier, exigeait qu'il en fût ainsi. Qu'en principe, et *stricto jure*, disent des auteurs modernes, le commissionnaire ne soit lié en rien, ni tenu à rien que par son acceptation, c'est une vérité déjà démontrée ; mais une singularité de la commission, c'est de pouvoir devenir, pour celui-là même qui la refuse, l'occasion d'engagements qu'aucune loi écrite ne lui impose et, par suite, d'une responsabilité attachée à l'omission de certaines choses qu'il n'avait pas non plus promis de faire. En droit commercial, cette omission est un quasi-délit. Au premier rang de ces obligations, se place, naturellement, celle de donner avis du refus par le premier courrier ou par la plus prochaine occasion².

Le commissionnaire commercial est donc lié par son silence. Il est censé avoir accepté le mandat, par cela seul qu'il n'a pas immédiatement manifesté la volonté contraire. Conséquemment, et eu ce qui le concerne, la règle *qui tacet consentire videtur* reprend son empire et produit tous ses effets. Nous allons bientôt voir les conséquences de cette acceptation tacite.

1212. — Il y a plus, le refus fait par le commissionnaire et régulièrement dénoncé ne le dégage pas de toute obligation, de toute responsabilité. Ainsi, il doit, en attendant qu'il soit pourvu à son remplacement, prendre toutes les mesures conservatoires que la nature du mandat est dans le cas d'exiger. Si, par exemple, des marchandises lui ont été expédiées avec avis qu'on a tiré sur lui par anticipation, il pourra bien refuser l'acceptation des traites, mais non de donner à la marchandise les soins que sa conservation ou son entretien réclame. Il doit donc,

à son arrivée, la retirer dans ses magasins ou en faire ordonner le dépôt chez un tiers consignataire, si, dans le délai suffisant, l'expéditeur n'a pas désigné un nouveau mandataire aux mains de qui il puisse la remettre contre remboursement de ses avances³.

Le négociant qui reçoit, de son correspondant, une traite à faire protester, ne peut se dispenser de remplir le mandat, quelque répugnance qu'il eût à le faire, si la date de l'échéance était trop rapprochée pour qu'il eût le temps d'avertir utilement son mandant. Si, malgré l'ordre qu'il en a reçu ; si, malgré la proximité de l'époque fixée pour le protêt, il s'est abstenu, se contentant de faire connaître son refus, il devient responsable des conséquences du défaut de protêt. Ce qu'il ne voulait pas faire lui-même, il pouvait, il devait même charger un tiers de le réaliser. L'inaction dans laquelle il s'est renfermé constitue donc une faute dont il doit subir les effets. Il en serait de même pour tout mandataire commercial. La non-acceptation lui laisse l'obligation d'agir dans tous les cas où il y a lieu de prévenir une déchéance, d'empêcher une prescription ou de préserver le commettant de tout autre préjudice imminent.

Ce n'est là, au reste, qu'une modification à un principe que l'école italienne avait généralement admis, à savoir : qu'un commissionnaire ne pouvait refuser la commission dont on le chargeait⁴. On reconnaissait qu'une telle obligation était contraire au droit civil, mais on pensait que toutes les lois devaient se taire devant l'intérêt général du commerce.

Cette conséquence rigoureuse n'avait pas été adoptée par le droit français. La commission, comme tout autre mandat, pouvait être refusée, mais à la condition, en cas de refus, de veiller à la conservation des droits du commettant, en attendant qu'il se fût adressé ailleurs. C'est ce qui se doit pratiquer encore aujourd'hui.

L'obligation imposée au commissionnaire est commune aux avoués, aux notaires, aux huissiers. Eux aussi peuvent ne pas accepter le mandat qui leur est proposé, mais ce refus d'acceptation ne les dégage pas de l'obligation de veiller à la conservation des droits du mandant, jusqu'à ce qu'il les ait remplacés. Ils seraient donc également responsables des déchéances, des prescriptions, du préjudice que l'inobservation de ce devoir pourrait déterminer, comme si recevant on appel à signifier, une by-

¹ Castregis, *Disc.*, 54, n° 31.

² Delamarre et Lepoittevin, t. II, n° 27.

³ *Id.*, *ibid.*; Pardessus, t. II, n° 358; Baillet, v° Com-

miss., p. 742; Vincent, t. II, p. 128.

⁴ Castregis, *Disc.*, 90, n° 3.

pothèque à renouveler, un effet à faire protester et n'ayant pas le temps de faire connaître leur refus utilement, ils négligeaient cependant de faire l'un ou l'autre.

Nous ne pensons pas qu'ils pussent se soustraire à cette responsabilité, sous le prétexte que le mandant n'aurait pas consigné les frais pour le coût de l'acte. Ce coût n'étant pas en général fort important, son remboursement ne doit, dans aucun cas, autoriser des éraintes tellement sérieuses qu'on dût s'arrêter à une telle excuse. Mais il eu serait autrement si l'acte devait entraîner un déboursé considérable, par exemple, si l'effet à protester, étant sur papier libre, devait donner lieu à une forte amende. Il est certain alors que l'officier ministériel, que même le négociant à qui on se serait adressé, ne pourrait être tenu de s'en rapporter, pour son remboursement, à un homme qu'il doit d'autant plus supposer dans l'impossibilité de l'opérer, qu'il a négligé de naître son mandataire. Or le devoir de celui-ci n'est pas de faire des avances à des insolubles, et si, dans l'hypothèse, il y a faute de la part de quelqu'un, c'est exclusivement chez le mandant, ayant omis de fournir le moyen d'exécuter le mandat qu'il donnait.

Mais hors ce cas, et lorsque tout se réduit aux déboursés ordinaires, le devoir de l'officier ministériel est de conserver les droits qui lui sont confiés, sauf à récuser la suite du mandat qu'il ne croit pas devoir accepter. Ainsi, dit Troplong, un client adresse à un avocat à la cour de cassation un dossier pour se pourvoir. Les pièces n'arrivent à celui-ci que la veille de l'expiration du délai fatal; de telle sorte que le client ne peut être averti en temps utile de confier sa cause à un autre. Le devoir de cet avocat est de former le pourvoi, sauf à répondre plus tard au mandant qu'il ne veut pas se charger de l'affaire¹.

1213. — Si, au lieu de refuser, le mandataire choisi accepte expressément ou tacitement, le contrat est parfait. Dès cet instant, les parties sont également liées l'une envers l'autre, et le mandataire est en demeure de se livrer à l'exécution de la mission qui lui est confiée.

1214. — La première de ses obligations, avons-nous dit, est de procéder à l'accomplissement de l'opération jusqu'à révocation; et, en cas qu'il soit révoqué, de continuer ses soins, jusqu'à son remplacement effectif, à tout ce qui

ne saurait être suspendu sans préjudice pour le mandant.

Cette obligation a toujours été considérée comme une règle de législation. *Sicut autem*, disait le droit romain, *liberum est mandatum non suscipere, ita suscriptum consummari oportet*².

L'article 1991 du Code civil n'est pas moins explicite; il est vrai que ses termes sont moins précis que ceux que nous venons de rappeler, il ne déclare le mandataire tenu d'accomplir le mandat que tant qu'il en demeure chargé. Mais on aurait tort de voir dans cette locution autre chose qu'une allusion à la faculté que le mandant conserve de révoquer le mandat. Il ne faudrait pas y voir surtout une possibilité pour le mandataire de se soustraire, en recevant à son gré le mandat, aux devoirs et aux obligations que son acceptation lui impose.

Il ne pourrait être délié de celle-ci que par le consentement formel du mandant, toujours libre de ne pas le donner; et si, malgré le refus qu'il ferait de sa démission offerte, le mandataire s'abstenait d'exécuter le mandat, cette abstention équivaudrait à la fraude engageant sa responsabilité: il serait donc évidemment tenu de réparer le préjudice qui en serait résulté pour le mandant.

Il ne faudrait pas cependant pousser cette règle jusqu'à l'injustice. C'est ce qui arriverait si, après l'acceptation, ou prétendant contraindre le mandataire à l'exécution du mandat, alors même que cette exécution serait devenue impossible ou trop onéreuse pour lui. Une pareille rigueur est incompatible avec la nature même du contrat, avec les conséquences qu'il doit produire. S'il importe que les intérêts du mandant ne soient pas désertés, il importe également de couvrir ceux du mandataire d'une utile protection, surtout si le mandat est gratuit.

1215. — Notre règle reçoit donc des exceptions. La première a lieu lorsque, après avoir accepté, le mandataire ne tarde pas à se convaincre que l'entreprise dont il s'est chargé n'est pas en son pouvoir³. A l'impossible nul n'étant tenu, le mandataire devrait être relevé des effets de son acceptation, dans l'intérêt même du mandant, condamné à voir l'entreprise, faisant la matière du mandat, échouer fatalement et nécessairement. Il ne doit donc pas être privé de la faculté de la conférer à un autre se trouvant dans le cas de la faire réussir.

¹ Art. 1991, n° 346.

² L. 22, Dig., mandati.

³ Troplong, art. 1991, n° 338.

Mais la conviction de l'impossibilité acquise, le mandataire doit immédiatement en informer le mandant pour que, sans perdre un temps, peut-être précieux, celui-ci avertisse au mieux de ses intérêts; que si, loin d'agir de la sorte, le mandataire laisse traîner les choses en longueur; s'il ne donne avis de sa position qu'à une époque trop rapprochée de celle où le mandat doit être exécuté pour que le mandant soit dans l'impossibilité de le remplacer; si même, l'avertissement étant donné en temps utile, il n'a pas continué ses soins à l'opération, en attendant qu'il fût remplacé, il sera de plein droit et très-justement tenu des conséquences d'une pareille conduite, et obligé de réparer le préjudice qui en sera résulté.

1216. — La force majeure venant s'opposer à l'exécution du mandat, constituerait une seconde et nouvelle exception à la règle de l'article 1991. Ainsi une maladie, un emprisonnement, serait une excuse valable et libératoire. Empêché d'agir par une circonstance qu'il n'était donné à personne de prévoir ou de prévenir, le mandataire n'encourrait aucune responsabilité de l'interruption de sa gestion.

L'intérêt du mandant à connaître l'empêchement est aussi évident dans cette hypothèse que dans l'autre. Le devoir de l'en instruire existe donc au même titre. Mais l'appréciation de la manière dont il a été rempli doit obéir à d'autres inspirations. Les préoccupations, les suites d'un emprisonnement, les effets d'une maladie grave feraient excuser un retard que rien ne justifierait dans la première hypothèse; ils pourraient même faire excuser l'absence complète de tout avertissement par l'impossibilité, dans laquelle le mandataire aurait été placé, d'en donner aucun. Cette impossibilité constatée, celui-ci ne pourrait encourir aucune responsabilité, ni être tenu de réparer le préjudice, c'est là la conséquence naturelle et l'effet légitime de la force majeure; il en serait à plus forte raison ainsi si l'événement de force majeure se réalisait dans un temps tellement voisin de celui où devait s'exécuter le mandat, que la nouvelle ne pouvait pas en être utilement transmise.

1217. — L'article 1991 indique comment doit être accompli le mandat régulièrement accepté. La faute oblige comme le dol, comme la fraude. Il faut donc que le mandataire s'abstienne de tout ce qui pourrait la constituer. Pour cela il n'a qu'à suivre fidèlement les ordres qu'il reçoit, et n'aller jamais au delà de ce qui

lui est prescrit. N'oublions pas que le mandataire agit pour le compte d'autrui, qu'il est par conséquent obligé d'exécuter, en quelque sorte passivement, les volontés de celui qui supportera les conséquences de ses actes. Il ne peut surtout substituer son appréciation à celle du mandant, sans exposer sa responsabilité. La prudence lui en fait un devoir, alors même qu'il croirait par là servir l'intérêt de ce dernier, car, comme l'observe Troplong, s'il échoue, il est coupable, et s'il réussit on lui saura peu de gré d'avoir voulu être plus sage qu'il ne fallait¹.

Ainsi si le mandat est impératif, soit quant à l'opération elle-même, soit quant au mode d'exécution, il n'a qu'à s'y conformer scrupuleusement et fidèlement; il ne doit jamais oublier cette maxime fondamentale en cette matière : *non est in facultate mandatarii addere vel demere ordini sibi dato*. Tout ce qu'il ferait en sens contraire constituerait une fraude, ou tout au moins une faute entraînant la nécessité d'une réparation.

Ainsi l'ordre ne serait pas valablement exécuté si, commettant une certaine quantité de marchandises, cette quantité n'était pas atteinte ou était dépassée; le mandant ne pourrait, dans un cas comme dans l'autre, être contraint de prendre l'opération pour son compte. Dans le premier, il y aurait inexécution pouvant donner lieu à des dommages-intérêts; dans le second, l'excédant resterait pour le compte du mandataire.

Si je vous commets des blés étrangers, et que vous achetiez des blés français; si je vous demande des denrées d'une provenance déterminée, et que vous m'en envoyiez d'une autre localité, il y a violation du mandat. Vainement prétendrez-vous que ce que vous m'offrez vaut mieux que ce que j'avais demandé, vous ne pouvez vous constituer juge de mes convenances. Mon mandat n'a pas été exécuté comme je voulais qu'il le fût, et cela suffit pour m'autoriser à ne pas en ratifier l'exécution qu'il vous a plu de lui donner.

C'est ce que la cour de cassation a décidé expressément par arrêt du 6 avril 1831. Dans cette espèce, le mandant avait commissionné des trois-six du marché de Béziers; le mandataire en ayant acheté sur un autre marché, le refus fait par le premier de prendre livraison, fondé sur la différence de provenance, fut sanctionné par la cour de Montpellier d'abord, et, sur le pourvoi, par la cour suprême².

1218. — Le mandataire, lié par les termes

¹ Art. 1990, no 257.

² D. P., 31, t. 118.

du mandat à l'endroit de la quantité et de la qualité, ne l'est pas moins quant au prix. Tout ce qu'il ferait au delà de celui fixé par le mandant lui resterait propre et personnel.

1219. — On a agité la question de savoir si le mandataire, supportant l'excédant du prix et se bornant à exiger le remboursement de celui porté au mandat, pourrait contraindre le mandant à prendre l'opération pour son compte. Troplong, après avoir indiqué le dissentiment que cette question avait fait naître entre les Sabinien et les Proculéens, enseigne que l'opinion de ces derniers, à savoir : l'affirmative, avait prévalu comme plus humaine et plus raisonnable, mais il rappelle immédiatement cette observation de Donneau : qu'il en serait autrement dans le cas où l'excès dans l'exécution du mandat ne pourrait être réparé et causerait au mandant un préjudice pour le total de l'opération¹.

Or, cette dernière hypothèse se réalisera le plus souvent en matière commerciale. Une baisse plus ou moins forte, survenue dans l'intervalle de l'achat à la livraison au mandant, mettrait celui-ci dans la nécessité de subir une perte relativement même au prix qu'il avait coté, ce n'est même que dans cette hypothèse que des difficultés pourraient surgir. Quel intérêt, en effet, pourrait avoir le mandant de refuser la marchandise qu'il a commandée, et que son mandataire lui expédierait au prix offert, si la marchandise n'a depuis souffert aucune variation ?

Mais l'intérêt est évident lorsqu'au moment où le mandataire expédie, la marchandise ne peut être revendue qu'à un prix inférieur à celui coté pour l'achat. Avec cet intérêt, naît le droit de demander compte de l'exécution que le mandat a reçue, et de dire au mandataire : Si vous vous étiez renfermé dans les limites que je vous avais tracées, vous n'auriez pas acheté ; la marchandise n'est donc en votre possession que parce qu'il vous a plu d'outre-passer le mandat ; dès lors, si quelqu'un doit supporter les conséquences de cette violation, c'est vous, et vous seul.

Cette objection serait d'autant plus puissante que, pour se justifier d'avoir outre-passé ses ordres, le mandataire soutiendrait qu'il ne lui a pas été possible d'acheter au prix indiqué. Mais il est évident que s'il se fût abstenu, la circonstance devenait fort indifférente et même heureuse pour le mandant. Le mandataire a donc en réalité pris sur lui d'aller au delà de ce qui lui était ordonné, il doit en conséquence sup-

porter seul le préjudice qui a été directement occasionné par son fait.

Il est un autre motif rationnel de le décider ainsi. Supposez qu'au lieu d'une baisse, la marchandise ait augmenté de valeur, est-ce que le mandataire sera tenu d'expédier celle qu'il a acquise au delà du prix du mandat ? Non, évidemment, car, pour étayer sa résistance, il lui suffirait de dire au mandant : La preuve que cette marchandise ne vous était pas destinée, c'est que je l'ai payée à un prix supérieur à celui que vous m'aviez fixé. Donc le mandant exposé à subir les effets de la baisse ne serait jamais appelé à profiter de la hausse, ce qui le placerait dans une position intolérable et injuste.

Il ne peut pas être que le mandataire puisse spéculer aux dépens de son commettant ; qu'il puisse, en cas de hausse, s'appliquer l'intégralité du bénéfice, et, en cas de baisse, réduire sa perte à la différence entre le prix qu'il a payé et celui qui lui était indiqué, et se décharger du reste sur la personne de son mandant ; admettre le contraire, ce ne serait plus obéir à ces idées d'équité recommandant la solution des Proculéens, ce serait au contraire consacrer la plus flagrante, la plus odieuse injustice.

Nous croyons donc que cette solution doit se restreindre au cas où, les choses étant au moment du litige ce qu'elles étaient au moment de l'achat, la difficulté ne s'agit que sur la différence du prix. L'offre que ferait le mandataire de rester personnellement chargé de cette différence désintéresserait complètement le mandant et devrait le contraindre à accepter l'achat fait pour son compte.

Que si, au contraire, une baisse survenue depuis rend cet achat préjudiciable par la perte certaine que la revente occasionnera, il n'est pas juste que l'auteur de cet achat, en faute pour avoir excédé ses pouvoirs, puisse faire supporter à autrui les conséquences de ses procédés irréguliers. La justice d'ailleurs exige que celui qui devait seul profiter des bénéfices que l'opération pouvait offrir en supporte seul la perte. C'est en ce sens que le décide Donneau, et cette décision est approuvée par Troplong.

Au reste, cette solution de principe peut être modifiée par les circonstances de fait. Si le mandataire a tenu son mandant au courant de l'opération ; si, en l'instruisant de la difficulté de se remplir au prix convenu, il lui a fait connaître l'obligation de payer quelque chose en sus, sans que le mandant lui ait écrit de n'en rien faire ; ou si, après avoir acheté à un plus haut prix, il en a instruit son mandant, sans que celui-ci ait

¹ Art. 1989, art. 270 et suiv.

réclamé, l'opération ne pourra plus être contestée plus tard. La ratification qui résulterait de ces circonstances créerait une fin de non-recevoir péremptoire contre toutes réclamations ultérieures.

On doit d'autant plus le décider ainsi, que, dans l'hypothèse d'une hausse dont nous parlions tout à l'heure, le mandataire ne pourrait plus s'appliquer personnellement l'opération. Le mandant pourrait le forcer de lui en tenir compte, et les circonstances qui l'obligeraient envers le mandataire obligeraient celui-ci envers lui. Il y aurait donc cette juste et naturelle réciprocité excluant toute possibilité de fraude.

1220. — Au reste, le mandat impératif, quant au prix, détermine une limite au delà de laquelle le mandataire ne saurait aller. Mais il pourrait rester en deçà, il le devrait même si la détermination du prix était le résultat de l'ignorance ou de l'erreur, ou si, au moment de l'arrivée de l'ordre, elle n'était plus en rapport avec le cours de la place. Il suffirait donc au mandant de prouver que le mandataire a pu acheter meilleur marché ou vendre plus cher pour le faire condamner à lui tenir compte de l'avantage qu'il eût retiré dans l'un et l'autre cas.

Cette règle doit être sévèrement appliquée, car, par la nécessité même des choses, le mandant est obligé de suivre aveuglément la foi du mandataire. D'autre part, les variations commerciales sont souvent tellement brusques qu'un ordre expédié à de certaines distances n'est plus, à son arrivée, ce qu'il était à son départ, à savoir, dans une juste proportion avec la valeur réelle des choses. Son exécution littérale serait donc un abus d'autant plus odieux que le mandataire l'exploiterait à son bénéfice, ce qui est très-facile dans le commerce. On sait, en effet, qu'il est peu de commissionnaires qui ne se livrent à des achats, soit dans la prévision de commissions futures, soit pour tenter des spéculations sur la chance de hausse ou de baisse. Ce qui se réaliserait dans cette circonstance, c'est que l'ordre arrivant, le commissionnaire le remplirait immédiatement, à l'aide de ses marchandises qu'il vendrait ainsi au-dessus du cours. Un pareil acte n'est pas seulement une indélégatesse, il constitue une véritable fraude, un abus de confiance incontestable, dont le mandant ne devrait pas être victime. Sur sa demande donc, et malgré les termes de son ordre, il ne devrait être tenu de rembourser que ce que les marchandises valaient réellement au moment où cet ordre a été exécuté.

L'abus que cette solution tend à prévenir se-

rait fort voisin de celui dont la loi s'est préoccupée lorsqu'elle a interdit aux agents de change et aux courtiers de faire pour leur compte personnel un commerce quelconque. Dépositaire des intentions des parties, ayant le dernier mot de chacune d'elles, le confident trouverait trop facilement l'occasion de s'enrichir à leur détriment. Sans doute le commerce n'est pas interdit aux commissionnaires, ils peuvent acheter pour revendre ensuite et profiter de la hausse que le cours a naturellement amenée, mais là s'arrêtent leurs droits. La consécration de l'avantage qu'ils prétendraient s'arroger, en vendant plus cher que ce cours, ne serait qu'une immoralité, car cet avantage, ils ne le devraient qu'à une confiance dont ils abuseraient au détriment de celui qui ne devait trouver auprès d'eux qu'une protection efficace.

1221. — Il en serait de même du mandataire qui abuserait de l'erreur évidente dans laquelle serait tombé le mandant. Dans un pareil cas, la loyauté exige que l'erreur soit signalée, et surtout qu'on n'en abuse pas au préjudice de la confiance que le mandant témoigne. Celui qui agirait autrement commettrait une fraude punissable, obligeant à réparation. Un arrêt de la cour de Paris, du 25 septembre 1812, nous offre une remarquable application de cette règle.

La dame Busch, de Pondichéry, venue à Paris, avait chargé un joaillier de la vente de plusieurs bijoux. Prête à s'embarquer à Marseille pour retourner à Pondichéry, elle lui adressa un collier de perles avec commission de le vendre, et, en en fixant le prix, elle écrivit 1,200 francs, au lieu de 12,000 francs. Peu de jours après, le joaillier lui répondit qu'il avait été assez heureux pour vendre son collier au prix indiqué de 1,200 francs. La dame Busch, voyant la déloyauté de son mandataire, chargea une tierce personne de l'amener à de meilleurs sentiments, mais il se renferma dans le texte de son mandat, prétendant que, l'ayant rempli, on n'avait rien de plus à lui demander.

Traduit en justice, il fut établi qu'il n'avait réellement vendu que quelques perles, s'étant appliqué les autres pour monter plusieurs objets de son commerce.

Le jugement qui intervint le condamna à payer le prix du collier, fixé à 4,800 francs, attendu que, hijoutier exercé dans son état, il n'avait pu se méprendre sur la valeur des perles; qu'il devait instruire la dame Busch de l'erreur évidente qu'elle avait commise, et d'autant plus qu'à raison des relations antérieures qu'il avait eues avec elle, il était investi de sa confiance;

que, chargé de vendre un collier composé d'un certain nombre de perles, il n'a pas dû le décomposer et encore moins s'en appliquer une partie; eu quoi il est mandataire infidèle.

Sur l'appel du joaillier, ce jugement fut confirmé par la cour et devait nécessairement l'être. En droit et en fait, la conduite de ce joaillier était inexcusable. Elle aurait pu motiver une condamnation plus sévère.

C'est surtout dans l'hypothèse d'un mandat facultatif que les devoirs du mandataire sont plus étroitement, plus impérieusement imposés. Il y a, en effet, de la part du mandant, une confiance tellement absolue, un abandon tellement entier, que la moindre infraction revêt le caractère du plus odieux abus.

1222. — La seconde obligation principale du mandataire est celle d'administrer en bon père de famille.

Cette obligation s'induit naturellement de la règle consacrée par l'article 1992, suivant laquelle le mandataire répond non-seulement de son dol, mais encore de sa faute. Nous n'avons nullement à nous jeter dans l'examen théorique des fautes, tout ce que nous devons rappeler, c'est que, de l'avis de tous, le mandataire répond de sa faute, même légère. On a été même plus loin, on a voulu lui imputer la responsabilité de la faute très-légère, mais cette doctrine a trouvé des contradicteurs, elle est combattue par Troplong notamment. Nous ne croyons pas à l'utilité d'approfondir cette difficulté dans une matière où l'arbitrage souverain du juge est l'*ultima ratio* de la solution, et où l'existence certaine d'un préjudice semble, par elle seule, amener la nécessité d'une réparation.

1223. — Au premier plan des fautes reprochables au mandataire, se place incontestablement l'infidélité dont il se serait rendu coupable dans l'exécution du mandat. Cette faute est plus qu'une fraude, elle constitue un délit que les articles 407 et 408 du Code pénal punissent d'un emprisonnement et d'une amende.

Il y a, entre l'abus de blanc seing et le détournement matériel, cette différence essentielle que le premier est punissable, quel que soit le caractère du mandat, tandis que le second ne devient réellement un délit que s'il a été commis par un mandataire salarié¹. Mais, dans tous les cas, l'un et l'autre donnent incontestablement ouverture à l'action civile en réparation du préjudice qui en est résulté. La poursuite et les effets de cette action se régiraient par les principes que

nous avons exposés en matière d'escroquerie².

1224. — On est mandataire infidèle non-seulement lorsqu'on détourne une partie quelconque des deniers ou valeurs confiés, mais encore lorsqu'on applique à son propre usage les fonds perçus en cette qualité. Aux termes de l'article 1996, ce dernier abus oblige le mandataire à payer l'intérêt des fonds, à dater du jour de l'emploi.

Mais cet article n'a rien de limitatif et ne fait nul obstacle à ce que le mandataire soit condamné à la réparation intégrale du préjudice qu'il a occasionné. Or, plusieurs hypothèses peuvent s'offrir, dans lesquelles l'usage fait par le mandataire des fonds provenant du mandat en aura déterminé un tel, que le paiement des intérêts serait loin de le couvrir.

Ainsi, débiteur d'une somme envers Pierre, je remets cette somme à Paul, avec mandat d'éteindre ma dette. Au lieu de réaliser ce paiement, Paul applique à son usage personnel les fonds qui étaient destinés à en faire l'aliment. Cependant Pierre, non payé de ce qui lui est dû, dirige contre moi des poursuites, et je me vois obligé de payer moi-même non-seulement le capital et les intérêts, mais encore des frais plus ou moins considérables.

En cet état, se borner à condamner Paul à me rembourser le capital avec les intérêts, ne serait évidemment pas une indemnité suffisante pour le préjudice que sa mauvaise foi m'a fait éprouver. La justice exige donc qu'en pareilles circonstances une allocation de dommages-intérêts complète la satisfaction qui m'est due.

Ainsi encore, sachant que mon mandataire a touché des fonds m'appartenant, je contracte de mon côté des engagements auxquels j'espère faire face au moyen de ces fonds. Mais il se trouve que ces fonds ont été employés à l'usage personnel du mandataire, et que son impuissance à me les rembourser me place dans l'impossibilité de faire face à mes engagements dont on fait prononcer la résiliation. Il ne serait pas juste que, dans une pareille hypothèse, on me privât du droit de demander contre mon mandataire des dommages-intérêts dont la liquidation devrait comprendre non-seulement les frais que j'ai subis, mais encore l'indemnité du gain que la résiliation m'a fait perdre.

Vainement le mandataire voudrait-il se prévaloir de la disposition de l'article 1155. En réalité, son obligation n'a jamais été celle de payer une somme quelconque, le droit du mandant ne

¹ Cass., 20 mai 1814; Sirey, 14, I, 140.

² Voy. *supra*, n^os 18 et 19.

peut donc être régi par les principes concernant cette obligation. Tenu d'exécuter fidèlement son mandat, le mandataire est soumis à une obligation de faire, dont l'inexécution entraîne la nécessité d'un dédommagement, dans les limites tracées par l'article 1149.

1225. — Le mandataire civil ou commercial doit mettre la plus active diligence dans l'exécution de la mission qui lui est confiée. Toute infraction à ce devoir constituerait une faute grave obligeant sa responsabilité.

Ainsi il doit, dès qu'il a accepté, entreprendre l'opération confiée en ses mains. En commerce, surtout, le temps est précieux, car le moindre retard, pouvant voir se réaliser une variation sensible dans le cours des marchandises, est dans le cas de rendre l'achat plus onéreux ou la vente moins lucrative. Tout délai dans l'exécution, non justifié, peut donc causer un préjudice que le mandataire serait condamné à réparer.

1226. — Un des devoirs les plus pressants du mandataire est d'informer son mandant de la marche de l'opération, des variations survenant dans les cours, des obstacles qui s'opposent à l'accomplissement de sa mission, enfin des chances plus ou moins favorables qu'il est permis d'entrevoir : *Mercator tenetur prius correspondentem advertere de eo quod inopinatus evenit, vel de impedimento ex cuius causa nequit mandatum exsequi in forma præscripta, alique expectare ulteriora mandata*¹.

C'est qu'en effet une affaire commerciale est de nature à subir des phases diverses, pouvant dans bien des cas modifier les intentions du mandant, et même le faire changer d'avis. Il faut donc qu'il puisse, avec le plus de certitude possible, examiner ce qui lui convient; et comment le pourrait-il, si son mandataire s'abstient de toute communication? Un pareil silence, tendant à substituer l'appréciation du mandataire à celle du mandant, constituerait une violation du mandat et pourrait autoriser le dernier à laisser l'opération pour compte du premier.

Ce n'est pas seulement pendant le cours de l'opération que le mandataire doit ses conseils et ses avis, c'est surtout à l'origine et au moment de la réception de l'ordre qu'il est tenu de fournir les uns et les autres. Connaissant la place où doit se traiter l'opération, il peut juger de l'opportunité de l'ordre, de sa juste relation avec les prix du jour, en apprécier même les conséquences plus ou moins probables. Si, contre

l'évidence, il se prêtait à l'exécution d'un mandat onéreux pour son auteur, il serait tenu du préjudice qu'il aurait volontairement occasionné.

1227. — Nous n'avons pas la prétention d'énumérer une à une les nombreuses fraudes que le mandataire peut commettre. Nous les résumons dans l'obligation qui lui est imposée d'administrer en bon père de famille. En conséquence, tout ce qui s'écarte des soins, du zèle, de la vigilance qu'on rencontre dans celui-ci, est une faute grave engageant sa responsabilité.

Ajoutons que la gestion des affaires d'autrui exige, de la part de celui qui en est chargé, une circonspection et une retenue qu'on n'est pas obligé d'apporter à ses propres affaires. Les spéculations, les hasards qu'on peut entreprendre et braver dans ce qui nous concerne, on ne peut s'y livrer pour le compte d'autrui, à moins d'ordres exprès et formels. Celui qui agirait sans attendre ces ordres s'exposerait à garder pour son propre compte les chances fâcheuses que l'opération subirait.

Enfin il en est des commissionnaires commerciaux comme des notaires, des avoués, etc. Ils promettent à leurs commettants *peritiam et industriam*. Il y a, ajoute Troplong, dans la pratique de la commission, une expérience de la qualité et du cours de la marchandise, une connaissance des bonnes maisons, une habileté à traiter les affaires qui font le commissionnaire intelligent et donnent au commettant toute sécurité².

Celui-là donc qui prend la qualité de commissionnaire annonce, par cela seul, posséder cette expérience de la marchandise et du cours, cette connaissance des bonnes maisons et cette habileté à traiter les affaires qu'on recherche dans celui qu'on se substitue. Conséquemment aussi, si, au lieu de ces qualités, on ne rencontre qu'ignorance et impéritie, comment ne serait-on pas en droit de se faire indemniser du préjudice qu'entraîne l'une ou l'autre?

1228. — Or il y aurait impéritie rare si, chargé d'une opération, le commissionnaire allait l'annoncer publiquement, afficher le nom de son commettant et trahir ainsi le secret de ses affaires. On l'a dit bien souvent, le secret est l'âme du commerce. et sa divulgation a été de tout temps considérée comme une faute grave : *Perchè tra mercadanti, si usa questa prudenza, di tenere oculti et segreti i loro negozi, et di suoi corrispondenti*³. C'est pourquoi, observe

¹ Catusregis, *Disc.*, 125, n° 22.

² Art. 1992, n° 405.

³ Casaregis, *Disc.*, 38, n° 11.

Ausaldus, le correspondant achète en son propre et privé nom, quoique achetant réellement pour le compte d'autrui : *Inter mercatores admittitur de stylo, quod licet mandatarius emat ad favorem alterius, in emptione tamen id non solet exprimere, sed emat nomine proprio*¹.

1229. — Il y aurait impéritie à accepter comme bonne une marchandise de qualité inférieure ou mauvaise. La réception qu'en aurait faite le mandant ne créerait aucun obstacle à ce qu'il pût ultérieurement s'en plaindre, et à ce qu'il la laissât pour compte du commissionnaire. Cette solution suppose un mandat facultatif. En effet, lorsque l'ordre est impératif, quant à la qualité, celui qui l'a donné doit, avant de recevoir, s'assurer si l'ordre a été rempli comme il entendait qu'il le fût. La réception qu'il ferait d'une marchandise non conforme constituerait une ratification expresse de l'opération.

1230. — Il y aurait encore impéritie et faute grave, si le mandataire avait vendu à des acheteurs notoirement insolvable. C'est ce caractère de notoriété qui est seul constitutif de la fraude. La solvabilité commerciale n'est pas toujours une vérité, et l'apparence l'emporte souvent sur la réalité. Il ne saurait donc y avoir matière à reproche si, guidé par cette apparence et partageant l'erreur générale et commune, le mandataire avait vendu à des personnes qu'il devait croire solvables, malgré qu'elles ne le fussent pas. Sa faute commence lorsque le crédit de la maison avec laquelle il traitait à terme, notoirement ébranlé, devait lui inspirer de justes craintes pour l'avenir. A plus forte raison, ne pourrait-il être recherché si l'insolvabilité de l'acheteur n'est survenue que postérieurement à la vente.

1231. — La substitution que le mandataire ferait de ses pouvoirs, sans y être autorisé, constituerait une faute grave. Les conséquences seraient pour lui la nécessité et l'obligation de répondre des faits de celui qu'il s'est irrégulièrement substitué. Il en serait de même si, autorisé à déléguer ses pouvoirs, il les avait remis à un homme insolvable ou immoral, à moins que ce choix ne lui eût été nominativement imposé par le mandat.

Toutefois, la responsabilité d'une substitution non autorisée reçoit exception, lorsque, par une circonstance imprévue, le mandataire, empêché d'agir dans un moment où l'affaire ne pouvait

plus être arrêtée ou suspendue, charge quelqu'un de faire ce qu'il ferait lui-même, s'il le pouvait. Dans une pareille circonstance, la substitution est tout entière dans l'intérêt du mandant ; elle est dans l'esprit, sinon dans la lettre du contrat. On ne saurait, en effet, admettre que l'intention du mandant n'a pas été de l'autoriser dans une position aussi éritique pour ses intérêts.

Il suffirait donc que l'empêchement et l'urgence existant, le mandataire eût momentanément confié la direction de l'affaire à un homme d'une solvabilité certaine, d'une moralité irréprochable, pour que sa responsabilité fût complètement dégagée, alors même que, mentant à ses antécédents, le mandataire substitué eût abusé de la confiance qui lui a été témoignée. Cette solution, admise par l'école italienne, a été consacrée par la doctrine française².

1232. — A côté de la responsabilité du mandataire vis-à-vis du mandant, existe celle qu'il peut assumer à l'égard des tiers. Mais cette dernière, résultant ordinairement des termes dans lesquels l'engagement a été pris, sort de notre matière. Il est une seule hypothèse où elle peut provenir de la faute, à savoir, lorsque le mandataire a excédé les limites de son mandat.

Il faut donc, pour qu'elle se réalise, que le mandataire ait agi en cette qualité, et pour compte du mandant ; qu'il n'ait pas donné connaissance suffisante de ses pouvoirs ; qu'il les ait excédés : à ces conditions, et quels que soient les termes de l'engagement, le mandataire a engagé sa responsabilité et répond personnellement des obligations contractées en dehors de ses pouvoirs.

1233. — La troisième obligation imposée au mandataire est celle de rendre compte.

Cette obligation, n'étant que la conséquence de la qualité de comptable, est régie par les principes généraux applicables aux redditions de compte. Le mandataire est soumis aux mêmes devoirs que tout autre comptable, devoirs que nous avons retracés notamment en traitant de l'associé gérant. Nous n'avons donc à rappeler ici que quelques règles spéciales au mandat.

La première est celle tracée par l'article 1895 du Code civil, à savoir : que le mandataire est tenu de faire raison de tout ce qu'il a reçu à l'occasion du mandat, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.

Ces expressions comprennent tout ce qui a été produit directement ou indirectement par le mandat. Cette règle est puisée dans le droit romain : *Ex mandato apud eum qui mandatum*

¹ Ausaldus de Ausaldis, *Diac.*, 30, n° 32.

² Delamarre et Lepoittevin, t. II, n° 36 et suiv.; Troplong, art. 1394, n° 472.

*suscepit nihil remanere oportet, debere eum prestare quantumque emolumentum sensit*¹. La raison commandait ce résultat, tout ce qui est produit par la chose confiée à titre de mandat augmente naturellement cette chose et appartient dès lors à son propriétaire. Le mandataire ne peut réclamer que le salaire convenu, tout ce qu'il retiendrait au delà, il le garderait sans droit ni titre. La dissimulation qu'il en ferait constituerait une infidélité engageant profondément sa responsabilité.

1234. — L'obligation de tout restituer s'applique même aux profits illégitimes que le mandataire se serait procurés, par exemple, aux intérêts usuraires qu'il aurait perçus. Cette doctrine, professée par nos anciens jurisconsultes et notamment par le président Favre, doit, de l'avis de Troplong, être suivie sous l'empire du Code².

Cependant son application doit se restreindre au cas où le profit illicite a été perçu dans le développement naturel du mandat. Ainsi, lorsque celui-ci a consisté dans la remise d'une somme d'argent pour la faire valoir pour le compte du mandant, quel qu'en ait été l'emploi, il est censé fait dans l'intérêt de celui-ci et doit conséquemment lui profiter intégralement et exclusivement.

Si le mandat n'assignait aucune destination aux fonds, l'emploi que le mandataire en fait n'est qu'un abus, et le mandant n'est pas autorisé à en revendiquer le bénéfice. Contrairement à ses devoirs, le mandataire a illégalement appliqué à son usage personnel les fonds qu'il devait tenir à la disposition du mandant. Or, les conséquences de cette fraude ayant été prévues par l'article 1996, ce dernier ne saurait exiger que l'intérêt légal de ces sommes et, suivant les cas, des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice qu'il en a éprouvé.

Ainsi, tous les profits réalisés, à l'occasion et par l'exécution du mandat, appartiennent exclusivement au mandant et doivent lui être remboursés; ceux provenant de l'abus ne sont pas restituables, sans la responsabilité que cet abus fait peser sur le mandataire.

1235. — Ce dernier ne peut de plus rien retenir au delà du salaire convenu pour ses peines et soins; vainement voudrait-il s'étayer de prétendus usages pour se faire allouer quelque chose en sus. Un arrêt de la cour de Lyon, du 23 août 1831³, a fait bonne justice de pré-

tentions de ce genre. Il paraît que, sur cette place importante, les commissionnaires avaient pris l'habitude de coter les prix d'achat à leurs commettants plus cher qu'ils ne les avaient payés eux-mêmes; par cette manière, ils joignaient à leurs droits de commission le bénéfice résultant de la différence dans les prix. Actionné en restitution de cette différence, un de ces commissionnaires voulait justifier son refus par l'usage qu'il soutenait être conforme à ses prétentions. Mais l'usage, répondit l'arrêt, ne peut, dans aucun cas, légitimer une fraude trop coupable pour que la justice ne s'empresse pas de la frapper de toute sa réprobation.

Aux termes de l'article 1906, le reliquat du compte porte intérêt du jour de la mise en demeure.

1236. — Les obligations du mandant se réfèrent aux droits du mandataire, à ceux des tiers ayant traité avec ce dernier.

A l'endroit du mandataire, il est juste que le mandat ne puisse jamais devenir pour lui une occasion de perte. Cette règle d'équité explique la disposition des articles 2000 et suivants du Code civil.

L'obligation d'indemniser le mandataire est indépendante de l'issue de l'opération. Celui-ci n'a, dans aucun cas, garanti le succès de sa mission; ce à quoi il s'est engagé, c'a été de consacrer tous ses efforts, tous ses soins à le déterminer; que s'il échoue, et qu'on n'ait à lui reprocher ni imprudence, ni négligence, ni faute, il a rempli la tâche qui lui était confiée, et l'obligation de le rendre indemne ne saurait être récusée.

La loi veut de plus que les avances qu'il a faites, dans l'intérêt du mandant, produisent intérêt du jour où elles sont régulièrement constatées. Personne ne doit et ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, telle serait la position du mandant si, profitant des avances faites par le mandataire, il était dispensé de lui payer les intérêts qu'il aurait infailliblement supportés en faveur de tout autre prêteur. Il ne serait pas juste, d'autre part, que le mandataire fût privé, par l'effet du mandat, du revenu qu'il aurait retiré de ses fonds, s'il les eût appliqués à ses propres affaires.

Enfin, lorsque le mandataire a fidèlement rempli sa mission, on ne peut pas réduire le montant de ses avances et frais, sous prétexte qu'ils auraient pu être moindres. Chacun doit subir les

¹ L. 10, § 3, et L. 20, Dig., mandat.

² Art. 1993, nos 422 et suiv.

³ D. P., 33, 2, 69.

conséquences de l'administration à laquelle il a spontanément recouru. Il suffit donc que les avances et frais soient certains pour que le mandant soit tenu de les solder intégralement, sauf l'hypothèse d'une exagération évidente et frauduleuse.

1237. — Relativement aux tiers, le mandant est obligé d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, ce principe n'a jamais fait ni pu faire l'objet d'un doute : *qui mandat ipse facisse videtur*. Mais, pour que cette règle puisse être invoquée par les tiers, il faut que le mandataire ait contracté en sa qualité et pour compte du mandant ; qu'il ait agi dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.

1238. — La première condition se réalise assez ordinairement dans les affaires civiles, sauf quelques rares exceptions, le mandataire n'est pas même autorisé à agir en son nom. Pareille chose peut également être remarquée en matière commerciale, où cependant, le plus souvent, le mandataire agit en son propre et privé nom. C'est notamment ce qui est de droit commun pour les affaires traitées par le ministère des commis voyageurs.

1239. — Cependant les traités ainsi souscrits sont de nature à donner naissance à la fraude. Il n'est pas rare, en effet, de voir une maison de commerce prétendre que son commis voyageur n'a la faculté de l'engager que sauf ratification de sa part. Cette ratification qu'elle donne, en cas de stagnation ou de baisse de l'article, elle prétend la refuser dans le cas de hausse survenue depuis le traité et avant son exécution. Ainsi l'acheteur seul serait lié, sans qu'il pût revendiquer aucune réciprocité de la part du vendeur.

Cette difficulté que nous signalons est d'autant plus grave que sa solution partage la jurisprudence. Ainsi, la cour de Paris a jugé, le 2 janvier 1828, que le commis voyageur d'un négociant est, par ce seul titre, revêtu aux yeux des tiers d'un mandat général d'agir au nom de son commettant ; que celui-ci ne peut donc se refuser à exécuter les ventes faites par le commis voyageur, alors même que le mandat de celui-ci se trouverait restreint par des conventions particulières¹.

Mais le contraire résulte d'un arrêt de la cour de Montpellier, du 27 décembre 1826, jugeant que les commissions données à un commis voyageur, et acceptées par lui au nom de sa maison,

ne sont réputées que de simples commandes ou propositions de vente, si ce commis voyageur n'a un pouvoir exprès de lier définitivement la maison qui l'envoie².

Cette divergence est regrettable, car elle laisse indécise une question que l'intérêt général du commerce voudrait voir résoudre en termes simples et nets. Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous ranger au premier système, qui nous paraît plus rationnel et prêter beaucoup moins à la fraude que nous venons de signaler ; à notre avis donc, le commis voyageur est, par ce seul titre, le mandataire légal de celui qui l'accredite, et qu'il a dès lors la faculté d'engager, à moins qu'une publicité formelle, ou que la correspondance directement adressée aux commerçants que le commis visitera, n'ait fixé en sens contraire les pouvoirs qui lui sont confiés.

Les circonstances de fait, la position de la maison, la nature de son commerce, seront des éléments utiles à consulter pour la solution de notre difficulté. Ainsi le mandat de vendre sera plus facilement présumé lorsque le commis voyageur représentera un fabricant, un producteur cherchant à écouter ses produits ainsi qu'il le pratique habituellement.

Il pourrait en être autrement pour le commis voyageur attaché à une maison de commission. Mais comme les commissionnaires ont très-souvent des marchandises leur appartenant, le commis voyageur, député pour prendre des commissions, l'est également pour la vente de ces marchandises. Dans cette hypothèse, le sort du litige devrait tenir à la nature du contrat souscrit par le commis voyageur et à la qualification donnée à l'opération ; la correspondance pourrait également être consultée avec fruit.

Que si l'engagement pris par le voyageur porte *vendu à tel...* et non *commis par tel*, le contrat sera une vente et non une commission. Vainement la maison prétendra-t-elle qu'elle n'avait pas donné mission de vendre, la présomption est que le commis voyageur exécute littéralement son mandat. D'ailleurs, l'abus qu'il ferait de ses pouvoirs serait imputable au commettant, ayant dans tous les cas le tort d'avoir investi de sa confiance une personne qui n'en était pas digne. Il serait donc juste de lui en laisser la responsabilité, à moins qu'il ne prouvât que le tiers a connu le véritable caractère du mandat et s'est associé à sa violation.

¹ D. P., 28, 2, 2 ; voy. Metz, 4 juin 1825 ; Paris, 8 novembre 1826 ; Douai, 29 août 1844 ; Rouen, 7 janvier 1845 ; J. D. P., t. I, 1845, p. 27, et t. II, p. 539.

² D. P., 27, 2, 198 ; voy. cass., 19 décembre 1824 ; Rennes, 8 juillet 1839 ; Montpellier, 24 décembre 1844 ; J. D. P., t. II, 1842, p. 589 ; t. II, 1842, p. 702.

En droit commun, la connaissance du mandat est présumée chez celui qui traite avec un mandataire, mais les usages du commerce et la foi qui s'attache ordinairement aux commis voyageurs motivent justement une dérogation à cette règle. D'ailleurs, les pouvoirs de ces commis résultent plus souvent de la notoriété publique, de la remise des cartes et échantillons que d'un mandat écrit et formel. Aussi n'est-on pas habitué dans le commerce à se faire exhiber les pouvoirs des commis voyageurs.

1240. — Le plus ordinairement les mandataires commerciaux agissent en leur propre et privé nom. C'est là, avons-nous dit, une conséquence de l'avantage que trouve le commerçant à dérober à ses concurrents la connaissance des places sur lesquelles il opère. De là cette double règle :

1^o Le mandant, n'ayant aucune action contre les tiers, ne peut être actionné par eux ;

2^o Le commissionnaire n'est, dans aucun cas, tenu de divulguer le nom de son commettant.

1241. — La première règle reçoit exception : 1^o lorsque le mandataire est déclaré par une disposition expresse de la loi la personnification du mandant. De telle sorte que l'emploi de la qualité à laquelle cet effet se rattache suffit pour rendre ce dernier personnellement tenu. Ainsi le capitaine du navire est le représentant naturel et légal de l'armateur. Conséquemment celui qui traite avec lui, quoiqu'en son propre et privé nom, traite réellement avec l'armateur lui-même qu'il a pour obligé, malgré qu'il ne le connaisse pas même de nom.

Cette exception doit être renfermée dans de justes limites. On ne l'admettra donc que dans le cas où l'engagement du capitaine se réfère à la navigation du navire dont la direction lui est confiée ; tout ce qu'il ferait en dehors de cet intérêt serait étranger à son armateur, qu'on ne pourrait dès lors rechercher sous aucun prétexte.

1242. — 2^o Lorsque, de notoriété publique, l'affaire se traite pour le compte d'un mandant parfaitement connu et au crédit duquel les tiers ont fait exclusivement confiance.

Cette exception est susceptible d'acquiescer une grande importance dans les pays de production et relativement aux commerçants de la localité. Ainsi, chaque maison de commerce a dans les villages environnants des personnes habituellement chargées d'acheter pour son compte les vins, les huiles, les amandes, les laines, les soies, ou un mot les diverses productions du

pays. Ces personnes, quoique traitant en leur nom personnel, sont cependant notoirement connues comme les fondés de pouvoirs de la maison qui les prépose. C'est à cette maison que les vendeurs font foi, car assez habituellement encore les mandataires n'offrent aucune solvabilité réelle, eu égard à l'importance des achats qu'ils réalisent.

Admettre en cet état que la maison, pour compte de laquelle se font ces achats, est à l'abri de tous recours de la part des vendeurs, ce serait s'exposer à consacrer la plus abominable de toutes les fraudes, la plus odieuse spéculation. En effet, par une collusion facile entre le commettant et le commissionnaire, le premier profiterait des marchandises qu'il paraîtrait avoir payées à celui-ci, contre lequel les vendeurs seraient réduits à se pourvoir. Recours illusoire pour eux, peu onéreux pour le commissionnaire qui trouverait dans son insolvabilité le moyen d'en éluder les effets.

Il est impossible que le législateur ait pu jamais vouloir consacrer un pareil résultat, ni permettre que la faculté pour le commissionnaire d'agir en son nom, introduite dans l'intérêt du commerce, fût susceptible de masquer une fraude aussi déloyale.

1243. — C'est la pensée de Pothier, qui n'hésite pas dès lors à résoudre la difficulté dans le sens seul équitable. Le mandataire, dit-il, est obligé principal, puisqu'il a donné son nom, mais il oblige conjointement avec lui son mandant, pour l'affaire duquel il paraît que le contrat s'est fait. Le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire, et de cette obligation accessoire du mandant naît une action qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont, contre le mandant, ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant : *Si quis pecunia feneranda, agro colendo, vendendis vendendis frugibus propositus est, ex eo nomine quod eum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligabitur*¹.

L'opinion contraire est enseignée par Delamarre et Lepoittevin : ou le commerçant qui agit pour autrui, disent-ils, fait connaître son mandat à l'autre contractant, et alors il ne s'oblige pas, celui-là seul est obligé au nom duquel il contracte ; ou il traite en son propre nom sans exprimer son mandat, sans agir *nomine alterius*, et, dans ce cas, lui seul est obligé, et nullement celui pour lequel il a cutendu

¹ Du Mandat, n^o 88.

réellement contracter et dont il a reçu mandat¹.

Telle est en effet la doctrine de deux maîtres célèbres, Ansaldo et Casaregis, invoqués par nos auteurs. Telle est, ajouterons-nous, la règle ordinaire devant régir le plus usuellement les opérations commerciales. Mais est-ce à dire que cette règle soit tellement inflexible qu'elle ne comporte aucune exception? Elle serait, si cela était, l'unique en son genre.

Quant à nous, nous n'hésitons pas à tenir que, comme toutes les autres, la règle est ici susceptible d'une exception. Cette exception est naturellement indiquée par l'exacte appréciation des bases sur lesquelles se fonde la règle.

Ces bases sont : d'une part, la solvabilité du commissionnaire; de l'autre, le secret que le commettant a voulu garder. Celui qui traite avec un commerçant solvable ne peut et ne doit supposer personne derrière celui avec qui il contracte. Il n'a compté et pu compter pour son paiement que sur l'efficacité de la promesse personnelle qui lui en est faite; il n'aurait certainement pas traité, s'il eût considéré cette promesse comme insuffisante. On ne lui fait donc aucun grief en lui refusant un cautionnement qu'il n'a pas même exigé. Pourrait-il d'ailleurs raisonnablement prétendre avoir compté sur la solvabilité du mandant demeuré dans le secret le plus absolu, et qu'aucun indice ne désignait ni directement, ni indirectement?

Peut-on en dire autant de celui qui traite avec une personne notoirement en dessous de la solvabilité qu'exigerait l'importance de l'opération? Mais un négociant qui agirait ainsi, le propriétaire qui userait d'une telle confiance seraient des insensés qu'il serait urgent de faire interdire dans leur propre intérêt.

Un fait aussi anormal suppose donc qu'on a su qu'à côté de l'acheteur et derrière lui, existait quelqu'un dont la solvabilité certaine commandait cette confiance qu'on lui a indirectement faite. Il n'est donc plus possible de dire avec Casaregis : *Quia apparet mercatorem personam tantum contrahentis, in suo contractu contemplasse, nullumque ad personam mandantis respectum habuisse*. Ainsi s'efface cette première et essentielle base de la règle invoquée.

Lorsqu'à ce premier fait vient se joindre cette autre circonstance, à savoir : l'existence notoire et certaine d'un mandat en faveur de celui qui a contracté; lorsque l'auteur de ce mandat est

publiquement nommé; lorsque, enfin, lui-même a concouru à former cette notoriété soit en transmettant publiquement des ordres à son mandataire, soit en le désignant comme tel, soit en faisant enlever lui-même la marchandise achetée par lui, est-ce qu'on pourra seulement hésiter? Qu'importe que le mandataire ait traité en son nom personnel? N'est-il pas évident que c'est avec le mandataire de la maison désignée qu'on a entendu contracter, qu'on a réellement contracté? Il serait donc absurde de vouloir, en cet état, appliquer une règle qui n'a plus de fondements et qui devient dès lors raisonnablement, équitablement inapplicable.

Troplong, en traitant notre question, rappelle ce qu'il a dit en matière de société, à savoir : lorsqu'un associé contracte seul, en son propre et privé nom, il n'oblige que lui; les tiers qui ont suivi sa foi n'ont pas d'action contre la société, et cela quand même celle-ci aurait profité du contrat. Mais lorsque la société n'existe que de fait, que cette existence est notoire, et qu'il est reconnu que les tiers en ont suivi la foi, il importe peu que la société n'ait pas été formellement nommée dans les actes passés avec les tiers, les circonstances de fait la font considérer comme obligée.

Pourquoi en serait-il autrement dans notre hypothèse? se demande le profond magistrat, l'habile jurisconsulte. Le mandataire est comme l'associé. Il n'oblige son mandant envers les tiers que lorsqu'il a pris la qualité de son mandataire. Mais pour que cette qualité lui soit imprimée dans ses rapports avec les tiers, il n'est pas absolument nécessaire qu'elle ressorte des mots. Le judaïsme n'est pas plus de mise ici que dans la société. Le nom du mandant peut s'attacher à l'acte par des circonstances de fait, par une certaine publicité de position que les tribunaux doivent apprécier avec équité².

Troplong approuve conséquemment les arrêts de la cour de Rennes, que Delamarre et Lepoitevin frappent de réprobation. Il les corrobore par un arrêt de la cour de cassation, du 20 août 1844, rendu à son rapport.

1244. — En définitive, la question doit se résoudre sous l'empire de la règle tracée par Ansaldo : *Et semper persona remanet obligata, cujus intuitu ac respectu contractus reperitur celebratus*³. Cette personne est de plein droit celle du mandant, dans le cas où le contrat est fait sous son nom et pour son compte; c'est

¹ T. II, p. 504, n° 267.

² Art. 1937, n° 540 et suiv.

³ *Disc.*, t. 2, n° 7.

celle du mandataire, lorsque c'est sous son nom propre et privé qu'il a agi. Mais, dans ce dernier cas, le mandant peut également se trouver obligé, si les circonstances établissent que notoirement connu, le crédit dont il jouissait a été la cause déterminante du contrat. Il faut dire avec Troplong que, s'il en était autrement, la fraude s'emparerait de ce moyen de droit pour tromper les tiers, on mettrait les mots au-dessus des choses, les apparences concertées au-dessus de la réalité.

1245. — A son tour, le principe que le mandataire n'est pas tenu de faire connaître son mandant, reçoit exception en matière d'assurances; les fondements de cette exception résident dans la nature même de ce contrat.

L'assurance ne peut exister sans un risque certain et déterminé. Elle ne peut jamais devenir l'objet d'un jeu sur les chances de la navigation.

D'autre part, il n'est peut-être pas de contrat qui exige plus l'emploi d'un intermédiaire, l'assurance se faisant à des distances telles que l'obligation pour l'assuré de la souscrire en personne équivaldrait souvent à une interdiction absolue de la faculté d'y recourir.

Enfin, et comme dans toutes les matières commerciales, le secret, sur la propriété de choses assurées, peut être indispensable au succès de l'opération. De là un grave intérêt pour le véritable assuré à dissimuler son nom et sa qualité.

Ces considérations ont été de tous les temps appréciées, elles ont déterminé l'autorisation de contracter l'assurance par commissionnaire agissant pour compte de *qui il appartiendra*, ou pour compte de *qui ce soit*.

Mais si, le sinistre se réalisant, le commissionnaire pouvait continuer de faire le nom de son commettant, l'assurance dégénérerait bientôt en une gageure sur les fortunes de mer. En effet, un négociant, sachant qu'un navire part ou est parti pour un voyage déterminé, serait assuré pour compte de qui il appartiendra une somme plus ou moins importante soit sur le navire lui-même, soit sur la cargaison. Si le voyage réussissait, il en serait quitte moyennant le paiement de la prime; si le navire venait à se perdre, il réaliserait un bénéfice sans avoir jamais eu un risque quelconque à son bord.

La nécessité d'empêcher ce jeu, de veiller à la sincérité de l'assurance, exigeait donc que le sinistre se réalisant, et sur la première réquisition des assureurs, le commissionnaire fût tenu de nommer la personne pour le compte de la-

quelle il a agi; et comme nul ne peut être assuré contre son gré et sans son consentement, le commissionnaire serait tenu, en nommant l'assuré réel, de produire soit la lettre d'ordre, soit la ratification de l'assurance, si celle-ci était son fait spontané.

En effet, un commissionnaire, chargé d'expédier des marchandises à un commettant quelconque, peut, dans l'intérêt de celui-ci, les faire assurer sans en avoir reçu, sans même en attendre l'ordre. C'est là un acte de bonne, de prévoyante administration. Mais, en cas de sinistre, l'assurance ne vaut qu'en tant que cet acte a été approuvé et ratifié par le propriétaire des objets assurés; le défaut de ratification, comme celle qui serait postérieure au sinistre, annulerait l'assurance. Il importe, en effet, pour que la ratification puisse produire un effet utile, qu'elle soit donnée à une époque où le risque étant encore en suspens, l'aléa inséparable d'une assurance soit réellement couru. C'est encore là une règle que nous a léguée l'école italienne : *E docendo la ratificazione seguire re integra, cioè, avanti il sinistro, in tempo e stato di cose, nel quale l'atto ratificato potesse validamente farsi*¹. Or, après le sinistre, l'assurance est impossible, dès lors la ratification l'est également.

Sous ce rapport donc, la dérogation à la règle que le commissionnaire n'est pas obligé de faire connaître son commettant, est parfaitement justifiée. Il est une autre considération qui ne la commandait pas moins impérieusement.

1246. — Aux termes de l'article 348 du Code de commerce, toute réticence, toute fausse déclaration qui diminuerait l'opinion du risque, ou qui en changerait le sujet, annule l'assurance. Le contrat n'est valable qu'autant que les assureurs ont été instruits de tout ce que l'assuré savait lui-même sur la navigation du navire, sujet du risque ou porteur de ce risque.

Or l'obligation de tout déclarer ne s'applique pas seulement au commissionnaire, souscrivant la police, mais encore et essentiellement à l'assuré dans l'intérêt de qui cette police est souscrite. Quelle qu'ait été la bonne ou la mauvaise foi du premier, l'assurance ne doit pas moins succomber, si le second est convaincu de réticence ou de fausse déclaration.

Il importait donc aux assureurs d'obtenir la production de la lettre d'ordre et de connaître ainsi le véritable intéressé. Car de deux choses l'une : ou le commissionnaire n'a pas indiqué toutes les circonstances que l'ordre renfermait,

¹ Comarelli, *Disc.*, 173, n° 31.

et l'assurance est nulle par le fait du commissionnaire, seul responsable de sa faute envers son commettant; ou les indications de la lettre d'ordre auront été fidèlement exécutées, et les assureurs pourraient toujours faire tomber le contrat, en prouvant que l'auteur de cette lettre a volontairement omis d'y consigner des circonstances qu'il connaissait et qui étaient de nature à influencer sur l'opinion du risque : *Scientia domini sibi prejudicat ! licet ejus procurator in contrahendo, illum non habuerit*¹.

C'est donc la conduite du mandant que les assureurs auront à explorer dans le plus grand nombre des cas. Or, comment auraient-ils pu user de ce droit d'un si haut intérêt pour eux, si, après comme avant le sinistre, le commissionnaire avait pu leur taire le nom du véritable intéressé?

1247. — Ainsi l'assuré répond de la faute et de la fraude du commissionnaire qu'il s'est choisi et avec lequel il s'identifie, à plus forte raison doit-il répondre de sa propre faute. Il ne serait pas juste de lui permettre d'en tirer avantage, par cela seul qu'il aurait confié à un tiers le soin de souscrire une assurance, en lui cachant des circonstances que les assureurs avaient le plus grand intérêt à connaître. Cette évidente injustice ne pouvait être évitée que par l'obligation faite au mandataire de faire connaître son mandant et de produire la lettre d'ordre. Celui-ci connu aura à répondre de sa réticence, de sa fausse déclaration; il aura de plus à prouver qu'il était réellement propriétaire des choses assurées.

Nous retrouvons l'identification du mandataire et du commettant dans les conséquences à tirer de l'article 363 du Code de commerce. Aux termes de sa disposition, il ne peut exister d'assurance valable si avant la signature de la police l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'heureuse arrivée. Or, pour l'application de cette règle, il importe peu que la perte ignorée du mandant soit connue du commissionnaire, ou réciproquement; il suffit qu'elle le soit de l'un d'eux pour que le contrat ne puisse sortir à effet.

Ainsi, dit Émérigon, si, lors de la signature de la police, le commissionnaire, qui fait l'assurance pour compte d'autrui, est instruit du sinistre, l'assurance est nulle, quoique le commettant l'ait ignorée.

Elle est également nulle, si ce dernier était instruit du sinistre, lorsqu'il a donné ordre de faire assurer, quoique le commissionnaire ait été de bonne foi.

Il en est de même si le commettant, instruit à temps pour révoquer l'ordre, a omis de le révoquer².

1248. — La dissimulation que le commettant ferait à son commissionnaire de la connaissance du sinistre, constituerait de sa part un véritable dol. Or, quelle que soit l'identification que nous venons de voir se réaliser entre eux, elle ne peut jamais aller jusqu'à rendre celui-ci responsable d'un dol personnel au commettant et auquel il serait resté étranger. C'est ce que la cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 8 mai 1844³. Dès lors, la double prime que cette dissimulation entraînerait, aux termes de l'article 368, ne pourrait être mise à la charge du commissionnaire de bonne foi.

1249. — Ce résultat est d'ailleurs une conséquence logique de la déclaration du nom de celui pour compte de qui l'assurance a été prise. Cette indication n'a certes pas pour effet d'effacer les obligations personnellement contractées jusque-là par le commissionnaire. Il faut donc dire avec Casaregis : *Facta nominatione, stipulator non exit e contractu, qui erat in eo radicans ab initio, sed persona nominata accumulatur ipsi contractui*⁴. Le commissionnaire restera donc débiteur de la prime convenue, et de toutes les obligations contractées par la police.

Mais cette nomination réalisée, les assureurs se trouvent désormais en présence de leur véritable adversaire. Ils peuvent scruter sa conduite, et tout ce qui ressort de cet examen amiable ou judiciaire ne peut plus concerner que l'assuré. Le commissionnaire n'a pas même qualité pour se prétendre intéressé au procès; à quel titre donc lui ferait-on supporter la peine que le dol ou la fraude de son commettant pourra faire prononcer?

1250. — La seconde condition pour que le mandant soit tenu envers les tiers, c'est que le mandataire ait agi dans la limite du mandat. S'il a excédé ses pouvoirs et que les tiers les aient suffisamment connus, le mandant n'est pas tenu : *Non essendo adempta la forma del mandato, non e tenuto il mandante a osservare e ratificare chio che tien fatto del mandatario*⁵.

¹ Casaregis, *Disc.*, 9, n° 19.

² *Des Assurances*, chap. XV, sect. viii.

³ D. P., 44, I, 258.

⁴ *Disc.*, 5, n° 26; Ansaldo, *Disc.*, 12; Valin, t. II, p. 35, 34; Troplong, *op. cit.* 1997, n° 364.

⁵ Casaregis, *Disc.*, 119, n° 9.

1231. — L'abus du mandat crée donc une exception en faveur du mandant, mais ses effets diffèrent suivant que cette exception est opposée au mandataire ou aux tiers avec lesquels il a traité.

Le mandataire qui a sciemment outre-passé son mandat a commis une faute dont il doit répondre. Il ne peut, conséquemment, contraindre le mandant à le relever des engagements qu'il a personnellement contractés, ni le forcer à lui rembourser les avances et frais exposés. Cette règle a un fondement rationnel et équitable, nul ne peut être engagé au delà de sa volonté et contre ses ordres exprès. Or, si l'étendue de cette volonté peut quelquefois être contestable, tout doute est impossible lorsqu'elle résulte expressément et formellement du mandat écrit. D'ailleurs, celui qui ne se conforme pas aux ordres qu'il a reçus, ne peut agir, en réalité, à titre de mandataire. C'est personnellement qu'il contracte, c'est donc aussi lui seul qui s'oblige.

En conséquence, pour ce qui concerne le mandataire, la règle prescrite par l'article 1098 est générale et absolue. Le mandant n'est jamais engagé par ce qui a été fait au delà de ses ordres et contrairement à ses intentions. Tout ce qui a été fait dans ce sens lui demeure étranger, il n'a pas même besoin d'en faire prononcer la nullité. Cette nullité est de plein droit et résulte de l'excès du mandat.

Mais l'existence de l'abus peut être contestée, et ce n'est qu'en tant qu'il est certain que les effets que nous venons de rappeler se réalisent. Le doute qui s'élèverait à cet égard offrirait une question d'interprétation que les tribunaux décideraient souverainement et en fait.

Or, le doute peut naître des termes obscurs et ambigus employés par le mandant. Mais, à cet égard, il importe de remarquer que le mandataire, toutes les fois qu'il se crée des doutes sur l'étendue de son mandat, doit provoquer des explications et conformer sa conduite à celles qui lui sont données. Il ne pourrait donc se prévaloir de l'obscurité ou de l'ambiguïté du mandat, s'il a eu tout le temps nécessaire pour demander et obtenir ces explications. Mais il ne serait pas juste de le rendre victime de l'erreur qu'il a pu commettre de bonne foi, si l'accomplissement du mandat devant se réaliser dans un temps voisin de sa réception, le mandant n'a pu être consulté, ni répondre en temps utile. Dans cette hypothèse, la faute de ne s'être

pas suffisamment expliqué devrait retomber sur lui.

1232. — La certitude de l'excès, suffisante contre le mandataire, ne suffit plus contre les tiers. Il faut, de plus, que ceux-ci aient pu apprécier l'excès; qu'ils aient, conséquemment, connu les pouvoirs de celui avec qui ils ont contracté. Cette connaissance est, dans tous les cas, présumée. Il est naturel, en effet, que celui qui traite avec une personne se disant mandataire d'un tiers, lui fasse exhiber ses pouvoirs. Mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire que le tiers est toujours recevable à produire¹.

1233. — Par rapport aux tiers, la règle que le mandant n'est pas tenu de tout ce qui excède le mandat est susceptible de quelques autres exceptions. Ainsi, le tiers ne pourrait être éconduit que si la production du mandat et sa connaissance ne lui permettaient pas de se tromper de bonne foi sur son étendue. L'ambiguïté, l'obscurité des termes serait donc pour lui une excuse légitime. On ne pourrait consacrer le contraire sans s'exposer à de graves injustices. Bientôt l'une ou l'autre ne serait plus que l'effet du calcul pour se ménager, dans tous les cas, une porte de sortie et rendre ainsi les tiers victimes d'une fraude manifeste.

1234. — Une autre exception se réaliserait incontestablement dans l'hypothèse où l'excès consisterait dans l'emploi de la procuration, alors que l'objet pour lequel elle a été consentie aurait reçu son accomplissement. Je charge un mandataire d'emprunter pour moi une somme de 1,000 fr. Cet emprunt est effectivement réalisé et le mandat a produit tout son effet. Mais l'omets de retirer la procuration, et celui qui en est porteur contracte un second, un troisième emprunt. Il y a là, évidemment, un coupable excès de pouvoirs; mais le second et le troisième prêteur ne sauraient être privés de leur recours que si, connaissant le premier emprunt, ils se sont associés à l'infidélité du mandataire. Si cette preuve n'est pas fournie, il leur suffit d'avoir suivi la foi de la procuration pour que le mandat soit obligé envers eux : *Si quidem publicæ repugnat aequitati, civilique commercio, quod quis sine certa fide contrahens cum aliquo manibus habente publicum instrumentum mandati, debeat sub ista bona fide decipi*².

Troplong, qui approuve cette doctrine, fait très-bien remarquer que le mandant peut facilement échapper à la possibilité de cet abus

¹ Voy. cependant *supra*, n° 1230.

² Ansaldo, *Disc.* 30, n° 4.

en précisant, dans le mandat, la personne auprès de laquelle l'emprunt devra être contracté ou bien en retirant la procuration des mains du mandataire, dès la réalisation de l'emprunt¹.

Le premier moyen est péremptoire autant que facile, mais il n'en est pas de même du second. Comment, en effet, obtenir matériellement la restitution d'un titre, lorsque le dépositaire ne voudra pas l'opérer? Ce refus laissera-t-il le mandant pour toujours responsable des engagements qu'il plaira au mandataire infidèle de souscrire?

Il n'est certes pas possible de l'admettre ainsi. La loi eût été injuste si elle n'avait pas fourni le moyen de conjurer un pareil danger. Dans un cas de cette nature, le mandant ne doit pas se borner à révoquer de fait la procuration, il doit donner à cette révocation la plus grande, la plus éclatante publicité, soit par des circulaires imprimées, soit par l'insertion dans les journaux de la localité. Cette publicité, ayant pour objet de prévenir les tiers, leur enlèverait, au besoin, toute excuse de bonne foi et exonérerait le mandant de toute responsabilité des engagements qu'ils auraient pu contracter avec l'ancien mandataire.

A défaut de ces précautions, comme dans tous les cas d'infidélité ou de fraude de la part du mandataire, la responsabilité appartient au mandant. Les tiers n'ont nullement à se reprocher d'avoir traité avec celui qui avait réellement la qualité qu'il prenait, tandis que le mandant a fait faute en investissant de sa confiance une personne capable d'en abuser. Il n'y a donc pas à hésiter : *Unde quidquid ait in oīis materiis extra commercium, vel inter procuratorem et dominum, certum undequaque videtur, quod tertius innocens ac fidem ipsi constituenti, non debet ullo modo clandestinos actus procuratoris defraudari eodem modo, quo si procurator oaserat recepisse pecunias in eam consum de qua cantat mandatum, illasque in oīia usus convertat, adhuc ipse constitutus qui credidit suo procuratori, et non tertius qui credidit ipsi constituenti damnificatur*².

1235. — Le mandant ne saurait récuser la responsabilité des actes de son mandataire, si l'excès de pouvoirs dont il excipe résultait non du mandat lui-même, mais de modifications consenties soit verbalement, soit par acte sé-

paré. Cependant la connaissance de ces modifications par les tiers les placerait sous le coup de l'article 1198; mais cette connaissance n'est plus présumée, comme nous le disions tout à l'heure pour celle du mandat; celui qui l'alléguerait dans son intérêt devrait la prouver.

1256. — Enfin, une dernière exception, et celle-ci commune aux tiers et au mandataire lui-même, résulterait de la ratification expresse ou tacite que le mandant aurait faite de l'opération réalisée au delà du mandat. Lui seul, en effet, a qualité pour se plaindre de l'excès de pouvoirs; mais il n'est pas forcé de le faire. Rien même ne saurait l'empêcher de s'en appliquer les effets.

C'est ce qu'il est, de plein droit, présumé faire lorsqu'il a approuvé formellement l'opération, ou lorsque, sans donner cette approbation formelle, il s'est contenté de la ratifier tacitement.

Un principe incontestable en matière de mandat, c'est que la ratification n'est plus celle exigée par l'article 1558. On ne saurait donc exciper de l'absence, dans l'acte de ratification, des conditions prescrites par cet article. La ratification s'induit, définitivement, de tout acte duquel résulterait une approbation quelconque de l'opération après que le mandant en a eu connaissance; elle s'induirait également du silence gardé par lui, comme s'il s'abstenait de répondre à la lettre par laquelle le mandataire lui annonce la manière dont il a exécuté ses ordres. A plus forte raison, si, dans la réponse à cette lettre, il n'a fait ni protestation, ni réserves.

En matière commerciale, les exemples d'approbation, tirée du défaut de réponse à une lettre, sont nombreux. Or, les motifs qui militaient dans ce cas justifiaient l'application de la règle en matière de mandat. Il ne serait pas juste, en effet, que le mandant pût, à son gré, s'appliquer l'opération si elle est avantageuse, la répudier si les résultats étaient onéreux. C'est ce qui arriverait cependant, s'il pouvait suspendre sa décision pendant un temps plus ou moins long. Donc, libre de l'accepter ou de la répudier, il faut qu'il s'explique dès qu'il en connaît l'existence et les circonstances essentielles. Son choix est présumé pour l'acceptation, s'il ne se prononce pas pour le rejet. C'est ce que décidait formellement l'école italienne : *Mandatores habentem certam scientiam de excessu sui mandati, eique, neque facto, neque verbis contradicentem, haberi pro approbante dummodo cum scientia concurrat aliqua actus, ut receptio litterarum*

¹ Article 1198, n^o 605. *Vid.* Delamarre et Lepoitevin, t. II, n^o 334.

² *Amaldus, Disc.*, 50, n^o 5.

*et taciturnitas; et fortius responsio nre dis-
sensu vel reprobatione*¹.

Ces principes étaient marqués au coin d'une

trop exacte équité, pour qu'ils ne fussent pas
suivis sous l'empire de notre législation. Aussi
le sont-ils à peu près sans contradiction².

TROISIÈME PARTIE.

DE LA SIMULATION.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

1257. — Définition de la simulation. — En quoi elle dif-
fère du dol ou de la fraude.

1258. — Elle est absolue ou relative.

1259. — Objets qu'elle se propose.

1257. — La simulation n'est pas autre chose
qu'une fraude. Ce qui la distingue de celle que
nous venons d'examiner et du dol lui-même, c'est
que ceux-ci sont ordinairement le fait exclusif
d'une des parties, exécuté et conçu pour causer
un préjudice à l'autre, tandis que la simulation
ne peut exister sans le concours et le consente-
ment de toutes les parties.

Une autre différence non moins essentielle,
c'est que la fraude et le dol sont nécessairement
frauduleux et que leur effet est d'annuler infail-
liblement le contrat qui en est vicié. La simula-
tion, au contraire, n'est pas toujours illicite; elle
est même, dans certains cas, incapable d'empê-
cher la convention de recevoir son exécution
pleine et entière.

Depuis longtemps la doctrine a défini la simu-
lation. Elle est le déguisement de la vérité; on
appelle simulé, l'acte qui n'est pas l'expression
sincère de l'intention réelle des parties : *Cum
aliud agitur, aliud simulatur vel scribitur*.

1258. — La simulation est absolue ou rela-
tive. Absolue, quand les parties n'ont pas eu l'in-

tention de contracter un véritable engagement;
lorsque le contrat est purement fictif; lorsqu'on
suppose des aliénations pour mettre ses biens à
couvert contre les poursuites de la loi ou de ses
créanciers.

Elle est relative, lorsque les parties ont formé
un engagement réel sous l'apparence d'un autre
contrat, une donation sous la forme d'une vente,
une vente sous celle d'un échange, etc...

1259. — Ce double caractère indique suffi-
samment les divers buts que peut se proposer la
simulation. C'est le déguisement pur et simple
du contrat, ou un prétexte pour éluder la loi, ou
le moyen de tromper les tiers. Nous allons la sui-
vre dans chacune de ses phases, et en rechercher
les effets.

CHAPITRE PREMIER.

SIMULATION PURE ET SIMPLE DU CONTRAT.

SOMMAIRE.

1260. — Caractères de la simulation licite.

1261. — Législation romaine.

1262. — Législation actuelle.

1263. — Différence entre l'acte atteint d'une simulation
relative et celui vicié par une simulation absolue.

1264. — Validité de la donation déguisée. — Débats
qu'elle avait soulevés dans le sein de la cour de cassa-
tion.

1265. — Ce résultat, juridiquement inévitable, paraît
contraire à la raison.

1266. — La donation déguisée, affranchie de la révoca-
tion pour cause d'ingratitude, est-elle révoquée pour
survenance d'enfants?

1267. — Preuve admissible pour établir le véritable ca-
ractère du acte, en cas d'action en révocation pour
survenance d'enfants.

¹ Casaregia, *Disc.*, 30, n° 60 et 61.

² Pardessus, t. 1, n° 253; Toullier, n° 490; Duranton,
t. XIII, n° 263; Troplong, art. 1998, n° 612.

1268. — Durée de l'action.
 1269. — Ses conséquences à l'endroit des tiers détenteurs.
 1270. — La vente peut être valablement consentie sous forme d'un échange et réciproquement.
 1271. — Importance du véritable caractère de l'acte pour la plainte en lésion.
 1272. — La preuve testimoniale est-elle admissible pour établir la simulation ?
 1273. — Simulation dans la date de l'acte sous seing privé. — Ses effets entre les parties.
 1274. — *Quid* en cas de désignation de l'écrit ou de la signature ?
 1275. — La reconnaissance de l'acte est formelle ou tacite.
 1276. — Pour que l'acte puisse faire foi de sa date, il faut que le souscripteur à qui on l'oppose n'ait pas acquis depuis peu, ou n'ait pas perdu, dans l'intervalle, la capacité de contracter.
 1277. — Application de cette règle au mineur ou à l'interdit.
 1278. — A la femme mariée.
 1279. — A celui frappé d'une condamnation criminelle.
 1280. — Les termes de l'article 1522, ayant cours, s'appliquent-ils aux successions à titre particulier.
 1281. — Opinion de Toullier.
 1282. — Opinion contraire de Chardon.
 1283. — Examen de celle-ci.
 1284. — Exception à la règle de l'article 1522, en matière de lettres de change.
 1285. — Motifs de cette exception.
 1286. — Résumé.

1260. — La simulation simple, lorsqu'elle n'a pas pour objet de déguiser une incapacité légale ou de donner une apparence licite à un contrat prohibé, lorsque, enfin, elle ne renferme aucune intention de frauder la loi ou de nuire à des tiers, n'est prohibée en aucune manière. Son existence ne pourrait donc nuire à la validité de l'acte, ni occasionner la nullité du contrat, dont il a plu aux parties d'emprunter les formes.

Ces paroles, d'un arrêt de la cour de cassation, du 31 octobre 1809, dominant notre matière. La règle en résultant est la validité de l'acte, ramené à l'intention vraie des parties.

Il est certain, en effet, que dès que les parties sont respectivement capables de contracter ; que dès que le contrat a une cause licite et réelle, les conditions exigées pour la validité des conventions se trouvent réalisées, et dès lors, quelles que soient les formes adoptées, le contrat tombe sous l'application de l'article 1134, donnant un lien obligatoire aux conventions légalement intervenues.

Nous disons quelles que soient les formes adoptées. En effet, il importe peu que les parties aient donné au contrat une qualification et une apparence distinctes de celles qu'il devait natu-

rellement offrir. Dans l'appréciation des conventions, c'est l'intention qu'il faut rechercher plutôt que de s'arrêter servilement aux termes dans lesquels elle se manifeste, et si l'exécution de l'intention vraie ne doit rencontrer aucun obstacle ni dans la loi, ni dans l'ordre public, ni dans les droits des tiers, elle doit non-seulement être tolérée, mais encore ordonnée.

1261. — Cette règle n'avait pas été méconnue par le droit romain, qui admettait la validité de l'acte simulé : *Si quis donationis causa venditionis contractus simulatus est, emptio in sua deficit substantia, sane in possessionem rei sub specie traditionis causa donationis, ut in alio et in iudicio sicut perfecta donatio facile rescindi non potest, ita legi, quom tuis rebus donans, dixisti, porro convenit*¹.

Dans son Commentaire de cette loi, Bruneman en résume ainsi la substance : *Simulatum emptorem licet non valeat illa ut emptio, valere tamen ut alium contractum qui receret intenditur, quia contractus simulatus a licito et licitum jure non est irritus*. Godefroy, de son côté, enseigne, à cette occasion : *Et ita si non valet quod ago ut ago, valet ut valere potest, non valet ut venditio, valet ut donatio. Inspicitur voluntas contrahentium quibus omnino fuit donare, ita ut verus contractus donationis praevaleret simulatae venditioni*.

Cette doctrine, confirmée par d'autres lois², ne pouvait laisser aucun doute sur le sort de l'acte ; il ne paraît pas qu'elle ait soulevé la moindre difficulté sous notre ancien droit.

1262. — Le Code civil ne s'est pas exprimé avec la netteté et la précision du législateur romain, mais, en l'absence de toute disposition contraire, la rationalité de la solution que nous venons d'indiquer devait la faire admettre. Toutefois il y a mieux qu'un simple silence, et, de quelques dispositions de notre loi, on peut tirer cette conséquence que la doctrine du droit romain a reçu une approbation explicite.

1263. — L'acte, atteint d'une simulation relative, ne saurait être assimilé à celui que vicia une simulation absolue. On a pu dire de ce dernier : *Colorem habet, substantiam vero nullam*. Tout ce qu'on pourrait dire du premier, c'est que *colorem habet, substantiam vero alteram*. La cause énoncée n'est pas exacte, mais, au fond, il en existe une réelle et sincère.

Ce caractère, parfaitement saisi par la loi romaine, avait dicté ses dispositions. Eh bien ! ce caractère et ses conséquences nous les retrou-

¹ L. 3, Cod., de contrah. empt.

RÉDARRIDE. 2.

² L. 9, Cod., eodem titulo ; L. ult., Dig., pro donans.

vons dans le Code civil; il est vrai que l'article 1132 assimile la fausse cause à la cause illicite, immorale, à l'absence de toute cause, mais l'article 1135 ajoute immédiatement que la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, d'où on a conclu que l'obligation est valable quoique la cause exprimée soit fausse, pourvu qu'il existe réellement une cause légitime.

C'est précisément ce qui se réalise dans la simulation relative. Ainsi l'acte qualifié vente ou échange n'est ni une vente, ni un échange, mais il est une donation dans le premier cas, une vente dans le second. Si la cause énoncée est fautive, il en existe donc une réelle, et cela suffit pour la validité de la convention.

Ce qui n'est qu'une induction, puissante il est vrai, en regard de l'article 1133, devient une certitude si l'on recourt à l'article 911. Dans celui-ci, le législateur s'occupe de la simulation dans le caractère du contrat et annule la donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, mais le motif déterminant de cette nullité ne se puise pas dans le déguisement de la convention, mais uniquement dans le défaut de capacité du donataire. D'où il résulte que là où ce défaut de capacité n'existe pas, la libéralité est bien obvenue, quelle que soit d'ailleurs la forme sous laquelle elle ait été déguisée.

1264. — Nous arrivons donc à ce résultat que, loin de déroger au droit romain, le code civil en a consacré la doctrine, et ce qui le prouve d'une manière péremptoire, c'est l'abandon aujourd'hui consommé d'une dissidence que la validité de la donation déguisée avait soulevée dans le sein de la cour de cassation elle-même; ainsi, tandis que l'affirmative était professée par la chambre civile, la chambre des requêtes se prononçait pour la négative.

Un arrêt rendu par celle-ci, le 8 frimaire an XIII, nous paraît utile à recueillir comme une constatation des reproches pouvant être adressés au système qui a définitivement prévalu.

« Attendu, porte cet arrêt, que les lois des 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII, en introduisant un droit nouveau, relativement à la quotité des biens disponibles, n'ont rien statué à l'égard de la forme des actes par lesquels il serait permis de disposer à titre gratuit; d'où il résulte que les lois antérieures à ce sujet ont dû continuer de recevoir leur exécution;

« Attendu que, d'après la disposition de ces lois, et notamment de l'ordonnance de 1731, il n'existait que deux manières de disposer à titre gratuit, savoir : par donations entre-vifs ou par

testament, chacune desquelles était assujettie à des formes particulières dont l'inobservation entraînait la peine de nullité; d'où il suit que lorsqu'un acte ne contient pas la mention expresse, de la part de l'une des parties, de disposer en faveur de l'autre à titre gratuit, et que, sans être revêtu des formes particulières à ce genre de disposition, il ne contient que la simple énonciation d'un contrat commutatif à titre onéreux, il ne peut être regardé comme donation par cela seul qu'il ne peut valoir comme contrat commutatif, car autrement ce serait tromper la sage prévoyance du législateur qui, en exigeant l'énonciation expresse de l'intention de disposer à titre gratuit, et la soumettant à l'accomplissement de certaines formalités, n'a évidemment eu d'autre objet que de garantir les donateurs des surprises qu'on pourrait leur faire en déguisant, sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, une véritable libéralité qui n'était point dans leur intention, et de dispenser par ce moyen le donataire des obligations résultant d'une donation expresse, telles que la nécessité de l'insinuation, la révocation pour cause d'ingratitude, de survenance d'enfants et autres cas semblables. »

Comme on le voit, le principal argument invoqué par la chambre des requêtes était celui-ci : Des lois spéciales ayant ordonné des formalités obligatoires pour les donations, il ne saurait être qu'on pût s'en dispenser en déguisant la libéralité sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, il ne peut exister de donation valable que celle qui réunit les formalités voulues par la loi. Nous allons trouver la réponse à cet argument dans un arrêt de la chambre civile, rendu le 5 janvier 1814, précédé et suivi de beaucoup d'autres, tous dans le même sens.

« Vu les lois 36 et 38, Digeste, de *contrahenda emptione*; la loi 6, Digeste, *pro donato*, et la loi 3, *codem titulo*;

« Et attendu que les donations tacites sont permises par les lois ci-dessus citées; que le statut delphinal et l'ordonnance de 1731 ne les ont pas formellement abrogées; que les dispositions de ces lois, relatives aux formes qu'elles prescrivent, comme indispensables pour la validité des donations, ne se rapportent qu'aux donations proprement dites, et non aux libéralités tacites, faites sous les formes d'un autre contrat, lorsqu'il y a capacité de donner et de recevoir sans blesser le vœu de la loi; que la simulation n'est prohibée que lorsqu'elle a pour objet d'éluider une disposition de loi ou de nuire aux droits des tiers; que le principe, contenu à cet

égard dans les lois romaines, se trouve reproduit et consacré par l'article 911 du Code civil. »

Cette jurisprudence n'a plus aujourd'hui de contradictoire, la chambre des requêtes ayant fini par s'y rallier. Il en résulte qu'en droit la donation, déguisée sous l'apparence d'une vente, doit sortir à effet lorsqu'à la capacité des parties contractantes se joint l'absence de toute intention de nuire aux tiers. Nous reconnaissons même qu'en présence des dispositions du Code, il était difficile d'arriver légalement à un autre résultat.

1265. — Mais ce résultat contraire aurait dû être accueilli et consacré par le législateur. Nous n'hésitons pas à le dire, la validité de la donation, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, est un abus qu'on eût bien fait de proscrire. Les inconvénients signalés par la chambre des requêtes sont graves autant qu'évidents, et nous ne comprenons pas que le législateur de 1815 n'ait pas eu le courage de consacrer une mesure qui n'était que la conséquence rigoureusement logique de la réforme qu'il introduisait dans la législation.

La différence d'une libéralité à un acte ordinaire ne lui avait pas pourtant échappé. L'exception consacrée par l'article 2 de la loi du 24 juin, à l'endroit des premières, le prouve péremptoirement.

Ce qui le prouve mieux encore, ce sont les motifs qui ont fait admettre cette exception. « Il est une classe d'actes, disait le rapporteur, M. Philippe Dupin, que les auteurs de la loi ont cru devoir soumettre à des formes plus rigoureuses, et pour lesquelles on nous propose d'exiger le concours effectif, la présence réelle du notaire en second et des témoins, ce sont les donations de toute nature... »

« Quelques esprits se sont étonnés de cette distinction. Ils ont demandé si une vente ou un échange de trois cent mille francs n'était pas plus important qu'une donation de cent francs.

« Mais on n'a pas fait attention que la différence proposée était fondée sur la nature des actes, et non sur l'importance de l'intérêt.

« En effet, les actes ordinaires donnent presque toujours lieu à des faits d'exécution immédiate ou du moins à des faits qui s'accomplissent du vivant des parties contractantes. Cette exécution sert de contrôle, de certification, et, en cas de débats, les intéressés sont là pour expliquer leurs propres intentions, et combattre les fraudes de toute nature. Les donations, au contraire, presque toujours accompagnées d'une réserve d'usufruit, ne viennent à exécution qu'a-

près la mort de ceux qui les ont faites, elles sommeillent jusque-là, et, lorsque le jour de l'exécution est arrivé, le donateur ne peut plus élever la voix pour protester contre les surprises, et pour déjouer les fraudes.

« Autre différence plus importante encore : Les donations sont trop souvent arrachées à la faiblesse ou à la maladie par des influences diverses et par des manœuvres captatoires; il n'en est pas de même des autres actes. On a donc pensé que la liberté des donateurs doit être plus spécialement protégée par la présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins. Cette précaution est prise, bien moins contre le notaire que contre l'entourage du donateur. »

Ces considérations prévalurent, et les garanties proposées furent admises. On reconnut donc qu'il était urgent de protéger le donateur contre sa propre faiblesse, contre l'avidité de son entourage. Le moyen adopté est-il, peut-il être efficace, tant qu'une donation pourra valablement se déguiser sous la forme d'un contrat onéreux? La loi de 1815 ne répond donc nullement à la pensée du législateur. La garantie qu'elle exige n'est qu'apparente, et, loin de protéger les intérêts qu'elle a voulu couvrir, elle les compromet plutôt. En effet, plus la volonté du donateur sera incertaine, plus il aura fallu recourir à la surprise et à la fraude, et plus on reculera devant la nécessité imposée par la loi, lorsque, pour l'éluder et pour faire triompher des manœuvres coupables, il suffira de recourir à la simulation et de rédiger un acte de vente sous seing privé.

Le corollaire indispensable de la loi de 1815 était donc une disposition annulant la donation déguisée sous la forme d'un acte onéreux. A cette condition seulement il était possible d'empêcher la fraude qu'elle a voulu prévenir.

Comment l'empêcherait-elle en l'absence de cette prohibition? Le donataire a le plus grand intérêt à simuler un acte à titre onéreux. Cet acte a tous les avantages de la donation, sans aucun de ses charges; il n'est soumis à aucune forme, à aucune authenticité; il est plus irrévocable encore que la donation elle-même. En effet, l'ingratitude du donataire peut faire révoquer celle-ci, mais elle ne révoque pas l'acte simulé. Le prétendu acquéreur pourra payer son bienfaiteur de la plus noire ingratitude; le chasser, l'expulser de chez lui; lui refuser les aliments; en un mot, le réduire à recourir à la charité publique, et, pendant ce temps, il jouira insolemment d'une fortune que la fraude, aidée d'une simulation, lui permettra de retenir.

Tout cela, dit-on, c'est le donateur qui l'a voulu lui-même, puisque, pour mieux assurer son bienfait, il s'est lié plus irrévocablement que par une donation franche. Mais peut-on raisonnablement croire que le donateur a pu faire autrement et qu'il a parfaitement apprécié les conséquences de l'acte qu'il souscrivait ? Il faudrait, pour cela, admettre qu'il a préféré l'intérêt du donataire au sien propre. Cet intérêt exigeait qu'il se précautionnât contre une ingratitude qu'il devait prévoir, et, s'il a failli à ce qu'exigeait cette prévision, c'est qu'il n'a pas été maître de faire autrement qu'il n'a fait.

Cela se conçoit. Le donataire a, lui, le plus grand intérêt à se garantir contre la chance d'une révocation, dans une hypothèse dont il s'est peut-être déjà rendu intentionnellement coupable. On ne hasarde donc rien en le supposant l'auteur d'une simulation qui l'affranchit du devoir de la reconnaissance et qui consolide plus fortement entre ses mains cette fortune qu'il convoite. *Is fecit scelus cui prodest*, dit la raison criminelle, et cette maxime doit, dans notre hypothèse, résoudre la difficulté. Ajoutons que celui que l'idée d'une donation alarmerait n'est pas aussi effrayé de l'idée d'une fausse vente, qu'on lui présente comme sans efficacité, sans portée réelle, ne devant sortir à effet que s'il ne la rétracte pas, en un mot comme révocable au même titre que le testament lui-même.

Notre pratique personnelle nous a convaincu de l'audace avec laquelle les avides coureurs d'héritage s'efforcent de persuader et persuadent quelquefois de choses incroyables. Il est vrai qu'ils ont le soin de s'adresser à d'autres qu'à des intelligences saines et fortes. Mais c'est surtout la vieillesse et la décrépitude qui ont besoin d'être protégées.

Dira-t-on que ce sont là des manœuvres frauduleuses de nature à vicier l'acte ? Mais plus l'idée suggérée est extraordinaire, et plus on répugne à l'admettre. On ne voit, dans la plainte, qu'un moyen de rétracter une libéralité qu'on regrette, et comme, en définitive, il n'y a aucune preuve écrite et qu'il faudrait recourir à la preuve testimoniale, on vous écarte parce qu'on s'est rendu complice de la fraude alléguée : *Nemo auditur allegans propriam turpitudinem*.

Nous avons donc raison de le dire, tant qu'on n'aura pas admis la nullité de toute donation qui ne réunira pas les formes que la loi impose pour les actes de cette nature, on n'aura pas

garanti efficacement le donateur contre les fraudes de son entourage. Tout ce qu'on tentera dans ce sens ne produira d'autre résultat que d'encourager la fraude à se réfugier dans la large voie qu'on lui laisse.

1206. — Ainsi que nous venons de l'indiquer, la donation déguisée n'est point soumise à la révocation pour cause d'ingratitude. Est-elle également affranchie de la révocation pour survenance d'enfants ?

La révocation pour survenance d'enfants, quelque équitable qu'elle soit, n'a pas toujours été admise sans contestation. Les docteurs étaient partagés, même depuis la loi *si unquam*¹, car ceux qui tenaient pour la négative soutenaient que cette loi n'était applicable qu'aux donations faites par un patron à son affranchi. Cependant son application aux donations en général avait fini par être admise.

L'ordonnance de 1731 aurait, dans tous les cas, rendu tout litige impossible. Aux termes de l'article 39, les donations, quelles qu'elles soient, à quelque titre qu'elles aient été faites², de quelque valeur qu'elles puissent être, sont révoquées par la survenance d'enfants. Les difficultés qui s'élevaient élevées sur les dons mutuels, sur la faculté pour le donateur de s'interdire d'user de cette révocation ou de la ratifier après la naissance des enfants, ont été également tranchées par l'ordonnance.

Le Code civil s'est approprié les dispositions du législateur de 1731. Les articles 900 et suivants sont formels et explicites à cet égard. La survenance d'enfants annule toute donation précédente. La loi suppose que leur existence, au temps de la donation, l'eût empêchée de se réaliser ; elle présume, en outre, dans celle faite par un homme sans enfants, l'existence d'une clause tacite et implicite de révocation, en cas qu'il lui eu survienne.

Notons que le motif de cette révocation est plutôt dans l'intérêt des enfants que dans celui du donateur. On ne pouvait admettre qu'une famille dût, avant même de naître, être dépouillée d'une fortune que sa qualité seule devait lui assurer de préférence à tous.

Cela admis, nous n'hésitons pas à résoudre négativement la question que nous nous sommes posée, et à tenir que la donation, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, est révoquée par la survenance d'enfants au donateur.

Qu'on ne puisse pas la faire révoquer pour

¹ L. 8, Cof., de rev. donat.

² Sont cependant exceptées : 1° les donations faites,

dans le contrat de mariage, aux conjoints par leurs ascendants ; 2° celles que les conjoints se font l'un à l'autre.

cause d'ingratitude, on le comprend. Cette révocation est dans l'intérêt personnel et exclusif du donateur. En droit, chacun peut déroger à une loi faite en sa faveur ; or cette dérogation à tout avantage personnel s'induit contre le donateur. Par cela seul qu'il a dissimulé la libéralité, il l'a rendue ainsi à tout jamais irrévocable ; il n'y a donc que justice à lui faire supporter les effets d'une irrévocabilité qu'il a pu et n'a pas voulu empêcher.

Mais la maxime qu'on peut déroger à une loi faite en sa faveur n'a plus aucune portée, lorsque la révocation est demandée pour survenance d'enfants, par deux raisons : 1° parce que, dans ce cas, la révocation est plutôt dans l'intérêt des enfants que du donateur lui-même ; 2° parce que, comme l'enseigne Ricard et Pothier, la dérogation peut s'entendre avec cette limitation, pourvu que son auteur soit dans le même état et dans la même position qu'il se trouvera lorsqu'il aura droit de se servir de la loi à laquelle il a dérogé, et non pas lorsqu'il est encore dans l'état en considération duquel la loi a voulu lui subvenir. Ainsi, un mineur ne peut pas renoncer à la loi qui lui accorde la restitution, pendant qu'il est encore en minorité. Par la même raison, la loi pour la révocation des donations au cas de survenance d'enfants ayant été faite pour subvenir au défaut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfants et se persuadent trop facilement qu'ils ne changeront pas de volonté et qu'ils n'en auront pas, il ne leur est pas permis, pendant qu'ils n'ont pas encore d'enfants, pendant qu'ils sont dans l'erreur contre laquelle la loi a voulu subvenir, de renoncer au droit que la loi a établi en leur faveur¹.

Il est un autre motif plus péremptoire encore, c'est celui qui se tire de la disposition de l'article 963 du Code civil. Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfants, sera regardée comme nulle, et ne pourra produire aucun effet. Ainsi la renonciation formelle est défendue, comment dès lors en admettre une tacite ? c'est-à-dire qu'on pourrait, par une voie indirecte, arriver à faire ce qu'il est prohibé de faire directement. Ce simple aperçu suffirait pour juger la question. En admettant que la simulation de l'acte valût renonciation à le faire révoquer pour survenance d'enfants, cette renonciation ne pourrait valoir plus qu'une convention expresse ; elle serait donc frappée,

comme celle-ci, par la disposition de l'article 965.

1267. — Il est vrai que le donataire menacé de la révocation pourrait vouloir soutenir la sincérité du caractère onéreux donné à l'acte, mais il résulte forcément de ce qui précède qu'on pourrait prouver le contraire. La maxime *nemo auditur...* deviendrait inapplicable. d'abord parce que les enfants, dans l'intérêt desquels surtout a été édicté l'article 963, étant censés les principaux demandeurs, n'ont et ne peuvent avoir participé à une fraude commise avant qu'ils fussent nés ; ensuite parce que le père serait censé avoir voulu éluder la disposition de l'article 963 et faire tacitement une renonciation formellement prohibée. Dès lors il s'agirait d'une fraude non-seulement à une loi prohibitive, mais encore préjudiciable à des tiers ; dès lors aussi la preuve testimoniale, et, par voie de conséquence, celle par présomptions, pourrait être invoquée par le complice, dans le premier cas ; dans l'intérêt des enfants, dans le second.

Ainsi, en cas de résistance à la révocation de la part du donataire, le véritable caractère de l'acte pourrait être établi par témoins ou par présomptions. Prouvé qu'il fût qu'il ne constitue qu'une libéralité, elle se trouverait révoquée, alors même, dit l'article 962 du Code civil, que le donataire serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance d'enfants. La révocation s'opère de plein droit. Elle est absolue en ce sens que l'intégralité des biens donnés fait retour au donateur ou à ses enfants, sans que le donataire soit autorisé à retenir la quotité disponible, lorsque la révocation est poursuivie par ceux-ci après la mort de leur père, la réduction à concurrence de cette quotité ne pouvant se réaliser que dans le cas de donations faites après la naissance des enfants.

1268. — L'action en révocation pour survenance d'enfants dure trente ans qui ne commencent à courir, aux termes de l'article 966, que du jour de la naissance du dernier enfant, même posthume, du donateur. Le donataire, ses héritiers ou ayants cause ne pourront donc se maintenir en possession des objets donnés que s'ils prouvent en avoir joui plus de trente ans, à partir de cette époque. Remarquons que cette prescription est soumise par l'article 966 à toutes les interruptions telles que de droit. Ainsi les causes qui empêchent ou interrompent légalement le cours de la prescription en matière ordinaire produiront dans notre hypothèse tout

¹ Ricard, des Donat., n° 575 et suiv. ; Pothier, sect. III, art. 2, § 1.

leur effet. Il ne suffira donc pas d'une possession de fait plus que trentenaire, il faudra de plus, qu'au regard de la partie intéressée, cette possession ait pu faire acquérir la prescription.

Cette exception est la seule opposable à la demande en révocation. Toute reconnaissance, toute ratification faite par le donateur après la survenance d'enfants n'aurait aucun effet. Ce qui n'existe pas ne peut être ni reconnu, ni ratifié; or la donation se trouve de plein droit révoquée par la survenance d'enfants, elle tombe d'une manière tellement absolue, que la mort postérieure des enfants, dont la naissance l'a fait révoquer, est impuissante à la faire revivre. Toute donation nouvelle, qui serait consentie après la naissance des enfants, ne serait valable que jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

1269. — L'article 966 met, quant à l'obligation de restituer les biens, sur une même ligne le donataire, ses héritiers ou ayants cause et tous autres détenteurs. Il résulte de ces termes que les tiers acquéreurs ne pourraient se prévaloir de la prescription décennale établie en leur faveur par l'article 2265 du Code civil.

Ce résultat n'a rien de trop rigoureux, lorsque la libéralité ayant été consentie sous la forme d'une donation, le tiers n'a pu ignorer qu'il traitait avec un donataire. Il a dès lors pu apprécier les dangers que courait le titre de son cédant, dangers qu'il a assumés sur sa tête, en consentant à traiter avec lui.

Mais il n'en est pas ainsi lorsque la donation se déguisant sous la forme d'un contrat à titre onéreux, l'acquéreur a pu croire à l'irrévocabilité du titre de son vendeur. Il semble en effet qu'on ne peut exiger de lui qu'il crût à une simulation que rien ne devait et ne pouvait lui indiquer. Sa bonne foi ne saurait donc être suspectée, et n'est-ce pas se montrer injuste envers lui que de le dépouiller de ce qu'il a légitimement acquis?

Cette objection est grave et sérieuse, on ne s'en est pas dissimulé la portée. Mais les droits des enfants ont prévalu et devaient en effet prévaloir. On comprend le danger que couraient ces droits, si les tiers acquéreurs pouvaient échapper à l'obligation de rendre par la simple prescription décennale. Le donataire, qui, par la simulation de l'acte, s'est mis à couvert de la révocation pour cause d'ingratitude, n'aurait rien de plus pressé que d'aliéner les objets donnés pour se soustraire au danger dont le menace celle pour survenance d'enfants. De telle sorte que celle-ci se réalisant, le donateur et ses enfants se trouveraient en présence d'une insolvabilité

réelle ou feinte, et dans l'impossibilité de reconquérir cette fortune que la loi entend leur assurer.

Les inconvénients que présenterait un tel état de choses, l'atteinte que l'intérêt général pourrait subir de cette fatale spoliation d'une famille innocente de la faiblesse ou de l'imprévoyance de son auteur, a paru exiger une dérogation à l'intérêt particulier des tiers acquéreurs. La loi, voulant la fin, devait vouloir les moyens; s'arrêter devant la bonne foi des tiers acquéreurs, c'était précisément, comme nous le disons, en aliéner le plus décisif.

La loi a donc appliqué à l'hypothèse qui nous occupe une règle sévère, mais nécessaire pour l'efficacité des mesures qu'elle sanctionnait. Ainsi, de quelque manière qu'elle se soit réalisée, la donation se trouvant révoquée, tous les biens qui en faisaient l'objet reviennent francs et libres entre les mains du donateur ou de ses héritiers; les tiers acquéreurs eux-mêmes sont soumis à restituer, à moins qu'ils ne puissent opposer la prescription de trente ans.

Il suit de là que ces tiers ont un intérêt évident dans l'instance en révocation. Ils devront donc, s'ils sont connus, y être appelés pour surveiller leurs droits et s'opposer à toute collusion entre les prétendus donateur et donataire. Ils peuvent, s'ils n'ont pas été appelés, intervenir; ils ont, dans tous les cas, le droit de former tierce opposition au jugement de révocation, lorsque, actionnés en délaissement, on prétendra le leur opposer.

1270. — La vente peut être déguisée sous la forme de l'échange, et cette simulation n'a rien que de très-licite, lorsque, d'ailleurs, l'acte en résultant offre tous les éléments de validité exigés par la loi.

Mais cette simulation peut n'être qu'une fraude. Nous avons vu que soit la vente, soit l'échange peut, sous des apparences légales, pallier l'usure. Nous avons aussi établi les conséquences en résultant en faveur et contre les parties.

Nous n'avons ici à nous occuper que de la simulation licite, et à rechercher le mode par lequel on pourra l'établir, et les effets dont elle est susceptible.

En thèse, la question de savoir si un échange dissimule une vente est assez indifférente. Valable dans l'un et l'autre cas, l'acte n'en doit pas moins produire tous ses effets.

1271. — Mais il est une hypothèse dans laquelle cette question acquiert une haute importance, à savoir : lorsque le contrat est querellé

pour cause de lésion. On sait, en effet, qu'une lésion de plus des sept douzièmes fait rescinder la vente, tandis que l'échange ne comporte pas même l'action en lésion. Il est dès lors certain que, la lésion existant, le caractère réel de l'acte est décisif, puisqu'il sera rescindé ou maintenu, selon qu'il sera déclaré vente ou échange.

La justice se trouvera donc nécessairement en présence d'allégations contradictoires des parties. Chacune d'elles soutiendra celle qui servira le mieux son intérêt. Que fera la justice?

Son rôle serait facile si le demandeur en rescision pour lésion rapportait la preuve littéraire de la réalité de la vente dont elle excipe, ou si du moins il invoquait un commencement de preuve par écrit. Mais, en l'absence de l'un et de l'autre, on maintiendra l'acte tel qu'il se présente, sans vouloir recourir à la preuve orale, ni s'arrêter aux présomptions plus ou moins graves dont le demandeur excipera.

En effet, par respect pour la liberté des conventions, la loi accepte et doit accepter la forme dans laquelle il a plu aux parties de les constater. Il suffit que le contrat apparent soit revêtu des formalités exigées pour sa validité, pour que son exécution soit ordonnée. Il est présumé sincère par cela seul qu'il est l'œuvre commune des parties.

Il est vrai que la vérité doit être substituée à la fiction. Mais encore faut-il que cette vérité apparaisse d'une manière régulière, et cette régularité ne peut résulter que d'une preuve écrite. Vouloir établir qu'il s'est agi d'autre chose que de ce qui ressort de l'acte même, c'est vouloir prouver outre et hors le contenu en celui-ci, c'est demander à établir ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis, choses pour lesquelles l'article 1341 proscribit formellement la preuve par témoins. On violerait donc la disposition de cet article, si on admettait cette preuve, car la partie qui l'invoque a pu se procurer la preuve écrite; elle est, dès lors, hors des cas d'exception prévus, et elle ne peut non plus exciper d'une prétendue fraude, puisqu'elle s'en est volontairement constituée le coauteur. Le système contraire favoriserait les prétentions les plus déloyales, et déterminerait une foule de procès injustes, inconvenients qui, nous l'avons vu, ont fait introduire dans notre législation le principe consacré depuis par l'article 1341.

C'est donc à celui qui, tout en consentant une simulation, a cependant intérêt à conserver à l'acte son véritable caractère, à se procurer, à côté du titre apparent, une reconnaissance formelle de ses véritables intentions et de celles de l'autre

partie. Cela lui est facile, car il est partie au contrat, qu'il peut se consentir qu'à cette condition. S'il néglige de le faire, l'absence de la preuve écrite est son fait personnel, et il ne saurait se faire un titre de sa propre négligence. C'est ce que la cour de cassation n'a pas cessé d'admettre, c'est ce qu'elle a consacré le 4 janvier 1817, en termes formels : « Attendu que les parties contractantes, ayant respectivement voulu et consenti la simulation, sont non recevables à la prouver par témoins, et doivent s'imputer de ne pas s'en être assuré la preuve écrite, comme il était en leur pouvoir de le faire. »

Ainsi la vente déguisée sous la forme d'un échange est régie par le principe de celui-ci. Elle est donc irrévocable, quelle que soit la lésion soufferte. Mais la preuve de la simulation, restituant au contrat son véritable caractère, le range sous l'empire des règles particulières à la vente, et le rend conséquemment rescindable pour lésion de plus des sept douzièmes. Cette preuve doit être écrite et résultera d'une contre-déclaration expresse.

1272. — A défaut de cette contre-déclaration, la preuve testimoniale et celle par présomptions ne seraient recevables que s'il existait un commencement de preuve par écrit. L'appréciation des présomptions, si elles étaient déclarées recevables, pourrait obéir aux règles que nous avons déjà retracées¹.

1273. — La simulation ne s'exerce pas toujours sur le caractère de l'acte. Elle peut porter sur la date, sur certaines conditions stipulées au contrat, sur la personne des contractants, sur le prix, lorsqu'il s'agit d'une vente, sur la libération elle-même.

La sincérité de la date ne saurait être douteuse dans l'acte authentique. Le concours de l'officier public préposé par la loi donne, à celle indiquée, une certitude telle que le contraire ne pourrait être établi que par une inscription de faux. Il n'en pourrait être de même pour l'acte sous seing privé. La facilité que les parties ont de choisir celle qui favorise le mieux leur dessein, devait, pour toute autre que pour elles, en faire suspecter la foi. En ce qui les concerne, l'article 1322 assimile l'acte sous seing privé à l'acte authentique lui-même. Il fait conséquemment foi de sa date.

Il résulte de cette disposition que la partie qui la prétend simulée ne peut être admise à le prouver autrement que par écrit. Toute preuve testimoniale est repoussée et par l'article 1341 et

¹ Voy. *suprà*, t. I^{er}, n^{os} 992, 993.

par l'article 1322 lui-même. Mais l'admissibilité de la preuve littérale restant applicable l'article 1347, le commencement de preuve suppléerait à celle-ci et rendrait la preuve testimoniale recevable.

1274. — La foi due à l'acte sous seing privé, par les parties contractantes, est subordonnée par la loi à la condition que l'acte sera reconnu par celui auquel on l'oppose, ou judiciairement tenu pour tel. Il est évident que la dénégation de l'écriture est une exception des plus péremptoirs, elle tend à rendre l'acte étranger et conséquemment sans effet possible contre celui qui se défend de l'avoir souscrit.

1275. — La reconnaissance de l'acte est formelle ou tacite.

Elle est expresse, lorsque, sur la sommation de reconnaître ou de dénier, la partie déclare avouer la pièce et reconnaître son écriture. Cette déclaration fixe le sort de l'acte et le rend ultérieurement inattaquable sous ce rapport.

Elle est tacite, lorsque la partie, pouvant méconnaître la pièce, non-seulement ne la conteste pas, mais agit de manière à indiquer qu'elle ne veut ou ne peut la contester. C'est ce qui se réaliserait soit lorsque le débiteur ne répond rien à la signification du titre et à la sommation de le méconnaître, soit lorsque, appelé en justice, il soutient au fond que la demande n'est pas fondée, ou oppose un paiement ou une compensation.

1276. — Il faut en outre, pour que l'acte fasse pleine foi de sa date, que celui à qui on l'aurait fait souscrire n'ait pas acquis depuis peu, ou n'ait pas perdu, dans l'intervalle, la capacité de contracter. Une incapacité, survenue entre le moment de la date prétendue de l'acte et celle de la demande, pourrait faire supposer l'antidate; et, comme il s'agirait alors d'une fraude à une loi d'ordre public, on pourrait prouver l'antidate par la preuve testimoniale.

1277. — Ainsi, et par application de cette règle, le mineur, devenu majeur, peut soutenir que l'obligation dont on lui demande paiement remonte à une époque où il était encore dans les liens de la minorité. Ainsi encore le majeur pourvu, depuis la date de l'acte, d'un conseil judiciaire, est recevable à prouver que cette date, réellement postérieure à son interdiction, a été reportée après coup à une époque antérieure, à l'effet d'en éluder les effets. Dans l'un comme dans l'autre cas, la question n'est plus

de savoir si, en fait, la date apparente est ou non postérieure à la majorité ou antérieure à l'interdiction, mais si réellement l'acte a été ou non fait à la date indiquée, c'est-à-dire alors que le souscripteur jouissait déjà, ou encore, de la capacité de contracter¹.

Dans ces hypothèses, la présomption de l'article 1322 reçoit exception, et le débiteur ne pourrait être condamné par cela seul que la date apparente se réfère à un temps de capacité. Il ne le sera que si la capacité existait réellement. L'acte ayant été véritablement souscrit au temps indiqué², la condamnation n'est donc plus la conséquence de la foi due à l'acte, mais uniquement celle du défaut de preuve de l'absence de sincérité alléguée.

Ainsi l'incapacité pouvant résulter soit de la minorité, soit de l'interdiction, arguée par la partie, amène une exception à la règle de l'article 1322. L'acte ne fait plus pleine foi, et sa date n'est admise que jusqu'à preuve contraire. Cette preuve est elle-même admissible par toutes les voies : par témoins et même par présomptions.

1278. — Il en serait de même pour la femme mariée poursuivant la nullité de son obligation pour défaut d'autorisation maritale. Il importerait peu que, par la date apparente, cette obligation remontât à une époque antérieure au mariage, l'antidate alléguée par la femme rendrait la preuve testimoniale admissible, s'agissant d'une fraude à une loi d'ordre public. Le titre ne pourrait donc être validé que faute par la femme d'avoir légalement justifié ses prétentions.

Dans tous ces cas, le but de la loi est facile à saisir. Laisser toute sa force à la présomption de l'article 1322, c'était retirer, d'une main, au mineur, à l'interdit, à la femme mariée, cette protection qu'elle paraissait leur accorder de l'autre; c'était leur permettre de se ruiner infailliblement. Il est facile, en effet, de prévoir que l'avidité de ceux qui ont le courage de les exploiter recommanderait à leur attention le choix de la date, qu'ils feraient toujours de manière à s'assurer le succès de leurs ténébreuses et déloyales machinations.

1279. — Qu'en est-il de l'incapacité résultant d'une condamnation au criminel? Que le condamné à une peine afflictive et infamante soit, pendant la durée de sa peine, incapable de contracter, c'est ce qui ne peut faire évidemment l'objet d'un doute. L'article 29 du Code

¹ Cass., 4 fév. 1855; D. P., 35, 1, 33.

² Cass., 17 mai 1851; D. P., 35, 1, 32.

pénal le déclare en état d'interdiction légale et veut que ses biens soient gérés et administrés par un curateur nommé dans les formes prescrites pour la nomination d'un tuteur aux interdits. Or, aux termes de l'article 1121 du Code civil, les incapables de contracter sont : les mineurs, les interdits, les femmes mariées dans les cas déterminés, et généralement tous ceux à qui la loi a interdit certains contrats.

N'est-ce pas être interdit que d'être placé dans un état d'interdiction légale? Et si on m'objecte qu'au lieu d'un tuteur que reçoit le premier, le condamné n'a qu'un curateur, je répondrais que la loi a voulu distinguer le malheur du crime; que la protection qu'elle assure à celui à qui une maladie funeste enlève toute capacité, provient d'un sentiment de bienveillante pitié, tandis que la privation de cette capacité est une peine que la morale, que l'honnêteté publique exigeait. Pouvait-il se faire, en effet, que l'être dégradé et infect, que le loup recèle, pût encore demeurer, pendant le cours de sa peine, à l'instar des autres citoyens et traiter avec eux d'égal à égal. Mais, quelque inégalité qu'on relève dans le mode d'interdiction et dans ses conséquences, quant à la personne, l'incapacité est la même. Ajoutons que, dans l'interdiction ordinaire, la loi exige un tuteur, parce qu'elle lui confie la personne et les biens de l'interdit; dans celle résultant d'une condamnation criminelle, un curateur suffit, parce qu'il ne s'agit et ne peut plus s'agir que des biens, la personne demeurant sous le coup de la justice.

Si on ne veut pas considérer le condamné comme un interdit, du moins faudra-t-il le placer dans la catégorie de ceux auxquels la loi a interdit certains actes. La défense de gérer et d'administrer leurs biens n'est-elle pas la prohibition de tous les contrats ayant ce double caractère?

Nous croyons donc que, sous l'un comme sous l'autre rapport, le condamné à une peine afflictive et infamante est réellement incapable de contracter. Cette opinion est celle que professent de savants et profonds criminalistes¹. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie voient dans cette interdiction la conséquence presque nécessaire de la peine. Il ne faut pas, disent-ils, qu'un condamné puisse disposer de ses revenus et de ses biens, quand il subit un ébatement

sévère; il ne faut pas qu'il ait le moyen d'acheter à prix d'or une évasion, ou que, par des profusions scandaleuses, il fasse, d'un séjour d'humiliation et de deuil, un théâtre de joie et de scandale².

L'incapacité absolue de gérer et d'administrer ainsi admise, il s'ensuit que, comme pour les autres incapables, l'acte ne sera valable que s'il a été réellement souscrit avant l'incapacité³. L'arrêt que nous annotons, rendu sur les conclusions conformes de Troplong, alors avocat général, semble même exiger que l'acte ait acquis date certaine pour qu'on puisse l'exécuter. Mais, aller jusque-là, ce serait placer le condamné dans une position plus avantageuse que le mineur, que l'interdit ou la femme mariée. Nous ne croyons donc pas cette exigence admissible.

Pour le condamné, comme pour tous les autres incapables, la loi n'admet qu'une seule chose, à savoir : la faculté de prouver que la date apparente est fautive, et que l'acte a été consenti dans un moment d'incapacité. A défaut de cette preuve, cette date est acceptée comme vraie, et l'acte, tenu pour sincère, doit être exécuté⁴. Dans le doute même, il faudrait arriver à ce résultat : *In dubio standum est instrumento*.

1280. — L'article 1322 déclare que l'acte fait foi non-seulement contre la partie, mais encore contre ses héritiers et ayants cause; faut-il appliquer ce dernier terme aux successeurs à titre universel seulement, ou bien l'étendre aux successeurs à titre particulier?

1281. — C'est dans ce dernier sens que Toullier interprète l'article 1322. Ainsi, dit-il, les donataires, les acquéreurs sont les ayants cause du donateur ou du vendeur, pour ce qui concerne la chose donnée ou vendue. Dès lors, l'acquéreur par acte authentique peut être évincé par une vente sous seing privé antérieure, faisant foi contre son vendeur et, par conséquent, contre lui⁵.

1282. — Chardon proteste contre cette doctrine, il lui reproche d'entraîner à des conséquences iniques. Ainsi, dit-il, celui qui a donné ou vendu par acte authentique pourra, à son gré, révoquer la donation et annuler la vente. Il lui suffira de simuler une aliénation sous seing privé et de lui donner une date antérieure à l'acte public⁶.

¹ Carnot, art. 29, n° 5.

² *Théorie du Code pénal*, I, 1^{er}, p. 166; voy. cass., 33 janvier 1823; Sirey, 23, I, 345.

³ Nancy, 5 juin 1828, D. P., 20, 2, 114.

⁴ Colmar, 30 juillet 1851; D. P., 52, 2, 135.

⁵ T. VIII, nos 245 et suiv.

⁶ T. II, nos 8 et suiv.

1283. — Ce résultat, fut-il inévitable, ne pourrait, en aucune manière, détruire l'évidence. Or, l'évidence, dans l'hypothèse qui nous occupe, est que celui à qui une chose a été transmise par legs, donation, vente ou échange, etc... est, quant à cette chose, l'ayant cause du précédent propriétaire.

Cette doctrine amène-t-elle fatalement aux conséquences qui alarment tant Chardon ? Non, évidemment, et cela, par cette raison bien simple, que la transmission régulièrement opérée, le nouveau possesseur n'est plus un ayant cause, et que celui de qui il tient la chose n'a pu, de ce moment, rien faire qui puisse l'engager valablement. Ainsi, ayants cause pour le passé, le donataire, l'acquéreur ou l'échangiste ne peuvent voir leur propriété se modifier ou s'effacer que par un fait qui leur soit personnel.

Or, ce que le précédent propriétaire ne peut faire directement, il lui est prohibé de le faire par une voie indirecte. L'acte sous seing privé qui paraîtrait postérieurement à la transmission publique et qui porterait une date antérieure ne pourrait donc être opposé sans que le donataire, l'acquéreur ou l'échangiste n'eût la faculté de le quereller comme fait en fraude de ses droits.

Nous admettons donc la doctrine de Toullier avec cette juste restriction : que le donataire, l'acquéreur ou l'échangiste est l'ayant cause de son auteur, mais à la façon des créanciers, et pouvant, comme ceux-ci, exercer un droit propre et personnel dans l'hypothèse prévue par l'article 1167.

Dira-t-on que l'obligation de prouver la fraude et la collusion leur sera onéreuse, difficile à remplir dans certains cas ? Mais, comme nous l'avons fait observer ailleurs¹, la possession au moment de la donation ou de la vente dont ils se prévalent jouera un rôle souvent décisif et fournira de puissants enseignements ; nous répondrons ensuite que si les porteurs d'un acte authentique ont droit à être protégés, ce droit ne peut aller jusqu'à destituer de toute protection celui qui s'est contenté de ce dont la loi lui permettait de se contenter, à savoir : d'un titre sous seing privé. Pourquoi ne voir jamais la fraude que dans celui-ci ? Est-ce que l'acte authentique ne peut pas, dans un cas donné, n'être lui-même qu'une fraude de nature à enlever des droits sérieux, légitimement acquis ? C'est ce qui ne manquera pas, d'ailleurs, d'être allégué. Que pouvait

done faire la loi dans la perplexité où la plaçait cette double éventualité ? Uniquement ceci : permettre la recherche de la vérité par toutes les voies possibles, autoriser la partie, réduite à alléguer la fraude, à la prouver par témoins et par présomptions, et s'en rapporter, pour l'appréciation des uns et des autres, à la prudence et à la sagesse du juge.

1284. — Une autre exception à la règle tracée par l'article 1322 et sur l'inadmissibilité de la partie à prouver par témoins la simulation dont elle excipe, se réalise lorsque, par sa nature et par ses conséquences, la simulation constituerait la violation d'une loi prohibitive. Ainsi, la lettre de change n'est parfaite que par la réalisation du contrat de change, c'est-à-dire qu'elle a pour but de faire retirer dans une place la somme reçue dans une autre. Cette condition étant indispensable pour que le souscripteur puisse être contraint par corps, il arrive que ceux qui ne traitent qu'en vue d'acquiescer cette puissante garantie, ont soin d'exiger une lettre qu'ils rendent parfaite en simulant la remise de place en place.

Cette simulation, la loi ne saurait la tolérer. Aussi, et malgré la complicité qu'en a assumée le souscripteur, il est non-seulement admis à s'en plaindre, mais encore recevable à la prouver par témoins et par présomptions. Des arrêts l'ont même fait résulter de ce que le tireur n'est pas négociant et de ce qu'il a son domicile ailleurs qu'au lieu d'où la lettre a été tirée².

Le tireur pouvant prouver, par témoins et par présomptions, le défaut de remise de place en place, est également recevable à établir, par les mêmes modes, toutes les autres suppositions dont la lettre de change est susceptible. C'est ce qui a été maintes fois décidé pour la supposition soit de nom, soit de domicile, soit de qualité, soit de cause, malgré que l'article 112 du Code de commerce se taise sur celle-ci³.

1285. — Cette exception à la règle de la foi due à l'acte et de l'inadmissibilité de la preuve orale contre le titre écrit en faveur de la partie tient à un double motif :

1^o En matière commerciale, la preuve orale est de droit commun. Ce motif, qui pourrait paraître péremptoire, ne rend pas suffisamment raison de l'exception admise. En effet, on peut reconnaître qu'on puisse, devant la juridiction commerciale, prouver par témoins l'existence d'une opération contestée, d'une obligation, d'un paye-

¹ *Ibid* *supra*, t. I^{er}, n^o 967.

² Bruxelles, 23 juin 1810.

³ Cass., 23 juillet 1815, 22 juin 1825, 30 juin 1810, Limoges, 10 mars 1808 ; Bruxelles, 3 juillet 1812.

ment, sans qu'il doive en résulter, comme conséquence forcée, la faculté de prouver contre le titre et d'exciper d'une simulation à laquelle on a soi-même participé. Ce qui rend, en matière commerciale, la preuve testimoniale admissible, c'est que la rapidité, indispensable dans les opérations, ne rend pas toujours possible une preuve littérale. Mais lorsque celle-ci existe, lorsqu'une obligation a été écrite et signée, le souscripteur ne saurait raisonnablement prétendre n'avoir pas en le moyen de constater la simulation dont il se plaint. On pourrait donc, lui opposant son propre fait, le soutenir légalement non recevable à prouver contre ce qu'il a écrit et signé lui-même. La règle *nemo auditur*, etc..., n'est pas exclue de la matière commerciale;

2° La lettre de change entraîne la contrainte par corps, et personne ne peut se soumettre à cette voie rigoureuse, hors des cas où elle est formellement autorisée par la loi. Toute convention contraire, quelque expresse qu'elle fût, resterait sans force et sans effets possibles.

Or, signer une lettre de change, c'est accepter la contrainte; la signer lorsqu'il n'y a pas remise de place en place, c'est consacrer une simulation dans l'objet d'étuder cette prohibition, que le législateur considère comme d'ordre public. Dans ce cas, la recevabilité de la preuve testimoniale en faveur de la partie elle-même n'est plus que la conséquence de cette règle : Qu'en matière de fraude à une loi d'intérêt général, tout ce qui a été fait l'a été illégalement; et qu'une nullité absolue peut toujours être invoquée, quelle que soit la part qu'on ait prise à l'acte qui en est atteint, n'étant donné à personne de méconnaître et de violer une prescription d'ordre public.

Ce caractère appartient essentiellement à tout ce qui se rapporte à la contrainte par corps. Conséquemment, celui qui s'y est volontairement soumis, hors des cas prévus, peut toujours se faire relever d'un engagement qui, ne pouvant être expressément stipulé, ne saurait être validé, par cela seul qu'il aurait été pris par une voie détournée.

Ainsi, et alors même que le premier motif devrait être écarté, le second rend suffisamment raison d'une solution n'ayant jamais souffert aucune difficulté ni en doctrine, ni en jurisprudence.

1286. — En résumé donc, la simulation dans les caractères de l'acte ou sur ses conditions lie irrévocablement les parties. Le titre, tel qu'il résulte de leur volonté simultanée, est valable et fait entre elles la loi irrévocable qu'on ne peut détruire que par une preuve écrite.

Mais ce principe reçoit exception lorsque, soit sous le rapport de la capacité des parties, soit sous celui des conséquences de l'acte même, la simulation dégénère en une fraude contre une règle d'ordre public ou d'intérêt général. Dans ce cas, la partie elle-même peut poursuivre la nullité de son engagement et établir ses prétentions par la preuve testimoniale, par les présomptions mêmes.

CHAPITRE II.

FRAUDE CONCERTÉE CONTRE LA LOI.

SOMMAIRE.

- 1287. — Effets de la fraude contre la loi.
- 1288. — Nature de la seule difficulté qu'elle fait surgir.
- 1289. — Objections soulevées contre l'admission de la preuve orale entre parties.
- 1290. — Distinction qu'on doit suivre en cette matière.
- 1291. — Fondée sur la différence des motifs de la prohibition.
- 1292. — La prohibition, dans un intérêt privé, est une faveur à laquelle la partie peut renoncer.
- 1293. — Il n'en est pas de même de celle fondée sur l'intérêt général.
- 1294. — Conséquences.
- 1295. — Importance de cette distinction pour l'assimilation que l'article 1151 fait du défaut de cause ou de la cause fautive avec la cause illicite ou immorale. — Conséquences.
- 1296. — La contre-lettre établissant la preuve de la fraude à la loi, celle notamment qui dissimule le prix réel d'une vente, est-elle nulle entre les parties?
- 1297. — Opinion de de Plamann pour l'affirmative.
- 1298. — Réfutation.
- 1299. — État de la jurisprudence.
- 1300. — Conclusion.
- 1301. — Contre-lettres en matière de cession d'office.
- 1302. — Solutions consacrées par la jurisprudence.
- 1303. — Critique d'un arrêt de la cour de cassation, intervenu entre un père et son fils, par Dalloz. — Réfutation.
- 1304. — La répétition de ce qui a été payé en vertu d'une contre-lettre était une conséquence inévitable de la jurisprudence.
- 1305. — Caractère juridique de cette répétition.
- 1306. — Réponse à une objection tirée du silence de la loi de 1816.
- 1307. — Une autre conséquence de la nullité de la contre-lettre est que le traité secret ne peut être ratifié ni expressément ni tacitement.
- 1308. — L'action en nullité et celle en restitution peuvent être exercées par la caution.
- 1309. — Le cessionnaire de l'office pouvant opposer la nullité au cédant, peut-il s'en prévaloir contre les tiers ayant payé à sa décharge, et se dispenser de les rembourser?
- 1310. — Admissibilité de la preuve testimoniale pour établir l'existence du traité secret.
- 1311. — Par quel délai se prescrivent l'action en nullité et celle en répétition?
- 1312. — Origine et effet de l'inévinabilité de la loi.
- 1313. — Caractère de la prohibition.
- 1314. — Nature de la nullité résultant de sa violation.

1315. — Conséquences, par rapport aux tiers acquéreurs du fonds dotal.
1316. — Leurs droits, suivant qu'ils ont connu ou ignoré le caractère de dotalité.
1317. — Arrêt de la cour de cassation qui leur refuse le droit de poursuivre la nullité, même dans le cas d'ignorance. — Dissentiment.
1318. — *Quid si la vente est le résultat de manœuvres frauduleuses de la part des époux ? Le silence sur le caractère de la dotalité constitue-t-il une manœuvre frauduleuse ?*
1319. — L'article 1560 confère le droit de faire annuler la vente du bien dotal, au mari, à la femme et à ses héritiers.
1320. — Pendant le mariage, et avant toute séparation, la poursuite appartient au mari seul.
1321. — Le mari, héritier de sa femme, pourra-t-il, en cette qualité, poursuivre la nullité de la vente du fonds dotal qu'il a consentie pendant le mariage ?
1322. — Distinction faite par Bellot, critique qu'en fait Dalloz.
1323. — Réfutation.
1324. — La bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur est donc une circonstance décisive pour la solution de notre question.
1325. — Le mari, dans le silence de l'acte, pourra-t-il prouver que l'acquéreur a connu la dotalité ?
1326. — Obligation pour le mari de restituer le prix, même lorsqu'il n'est pas tenu d'indemniser l'acquéreur.
1327. — Étendue de cette obligation pour la femme ayant vendu seule.
1328. — Exception que la mari peut invoquer contre la restitution du prix.
1329. — Fondement de l'action en révocation conférée à la femme.
1330. — Époque à laquelle elle est recevable à l'instenter.
1331. — Le droit de la femme passe à ses héritiers.
1332. — L'acquéreur évincé n'a, dans aucun cas, le droit de réclamation jusqu'après paiement.
1333. — La vente de fonds dotal peut-elle devenir la matière d'un cautionnement valable ?
1334. — Opinion de Merlin. — Appel erroné qu'il fait à celle de Serres et de Dupier.
1335. — Caractère juridique de l'affirmative.
1336. — Réfutation des considérations invoquées par Merlin.
1337. — Discussion au conseil d'État.
1338. — Jurisprudence.
1339. — La femme peut-elle cautionner elle-même la vente du fonds dotal ?
1340. — Arrêt notable de la cour d'Aix.
1341. — Les époux vendant, comme bien libre, le fonds dotal, peuvent-ils être considérés comme stellionataires ?
1342. — Les créanciers du mari ou de la femme peuvent-ils poursuivre l'action en révocation appartenant à l'un ou à l'autre ?
1343. — *Quid des créanciers des héritiers de la femme ?*
1344. — Exceptions que le droit de ceux-ci comporte.
1345. — Autre exception tirée de la ratification.
1346. — Caractères que doit offrir la ratification tacite.
1347. — Indépendamment de la ratification émanée de la femme elle-même, ses héritiers pourront être repoussés par la ratification qui leur serait personnelle.
1348. — Autre exception tirée de la prescription. — Son point de départ.
1349. — Par quel délai est-elle acquise ?
1350. — La fraude ayant pour objet une atteinte à la liberté individuelle, ou la dissimulation d'une incapacité, est une fraude contre une loi d'ordre public.
1351. — Difficultés que pourra soulever le titre simulé. — Mode d'appréciation.
1352. — L'exécution d'une promesse de mariage donne-t-elle lieu à des dommages-intérêts ?
1353. — L'illégalité de cette promesse entraîne la nullité du dédit stipulé.
1354. — *Quid du dédit dissimulé sous l'apparence d'une obligation pure et simple.*
1355. — Admissibilité de la preuve testimoniale.
1356. — Jurisprudence.
1357. — Caractère de la renonciation à une succession future, dans le droit romain et sous l'ancien droit français.
1358. — Sous l'empire du Code, la prohibition est d'ordre public.
1359. — Conséquences, quant à la nullité de la renonciation directe ou indirecte.
1360. — La simulation sera plus ou moins facilement appréciable, suivant qu'il s'agit d'un traité de cohabitation à cohabitation ou d'un traité entre une personne et en tiers, son héritier présomptif ou non.
1361. — Toutefois la véritable intention des parties peut résulter de la nature même de la chose faisant la matière du traité.
1362. — Caractères de la vente du mobilier qu'on délaissent à son décès.
1363. — La nullité dont un pareil traité est vicié est indivisible, elle s'appliquerait donc même aux immeubles pour lesquels il y aurait eu désinvestissement actuel.
1364. — Ce qui est applicable à l'universalité d'une succession s'appliquerait soit à une quotité, soit à un corps certain et déterminé.
1365. — Le pacte sur succession future peut être ratifié après l'ouverture de la succession.
1366. — Conséquences par rapport à la prescription.
1367. — Arrêt d'Aix, exigeant la prescription trentenaire. — Réfutation.
1368. — Opinion de Zachariae, de Toullier et de Belland de Villargues.
1369. — Position des enfants naturels, sous l'empire du droit romain.
1370. — Dispositions de l'ancien droit, abrogées par les lois intermédiaires.
1371. — Dispositions du Code civil. — Droit des enfants adultérins en incestueux.
1372. — Prohibition de les reconnaître. — Son origine, ses motifs.
1373. — Défense de rechercher la maternité, lorsque le résultat doit être l'adultère ou l'inceste.
1374. — Utilité, toutefois, de l'article 762.
1375. — La reconnaissance illégalement faite confère-t-elle à l'enfant le droit d'exiger des aliments ? Peut-on en exiger contre lui pour faire réduire les donations qu'il a reçues ?
1376. — Opinion de Merlin pour l'affirmative.
1377. — *Idem* de Toullier.
1378. — L'opinion contraire, soutenue par Chabot, paraît plus conforme à la loi.
1379. — Solutions, dans ce sens, de la cour de cassation.
1380. — Critique qu'en font Teulet et Dauvilliers. — Réfutation.
1381. — Opinion de Charden.
1382. — Réponse, par Marcadé et les annotateurs de Zachariae, à deux objections sur lesquelles se fonde la doctrine contraire.

1283. — Conclusion.
1284. — Dans le cas d'une découverte accidentelle de la qualité d'adultère ou d'incestueux, toutes donations faites par le père sont essentiellement réductibles.
1285. — Droits de l'enfant naturel simple.
1286. — Faculté pour les parents de le reconnaître. — Comment elle peut être exercée.
1287. — La femme mariée peut faire cette reconnaissance sans l'autorisation de son mari.
1288. — Précautions prises par la loi pour les reconnaissances faites pendant le mariage.
1289. — Exception à la règle de l'article 337.
1290. — La reconnaissance régulièrement faite est irrévocable, sauf le cas de dol, de fraude et de violence.
1291. — L'enfant est libre d'en révoquer la reconnaissance et de la contester.
1292. — Motifs de cette disposition.
1293. — L'enfant contestant doit-il prouver la fausseté de la déclaration ?
1294. — Distinction admise par un arrêt de la cour de Montpellier.
1295. — Caractère juridique de cette distinction.
1296. — Effet de la reconnaissance définitivement acquiescée.
1297. — Conséquences de l'incapacité de l'enfant naturel de rien recevoir au delà de la réserve de l'article 757.
1298. — Droit des héritiers de faire prononcer la réduction de tous avantages indirects.
1299. — Le père pourra-t-il poursuivre la nullité des actes qu'il aurait simulés pour avantager le fils naturel ?
1300. — Quid du légataire universel ?
1301. — Comment faudrait-il résoudre ces questions, s'il s'agissait des incapables dont parle l'article 909 ?

1287. — La loi doit recevoir sa pleine, franche et loyale exécution. Ce principe, qui est la première et la plus puissante sauvegarde de toute société, n'est contesté par personne, mais l'intérêt privé, aux prises avec l'intérêt général, le fera souvent méconnaître et violer.

Cette violation ne sera presque jamais explicite et formelle. L'incontestable sort qui lui est réservé amènera fatalement à cette conséquence : que la désobéissance à la loi empruntera les dehors les plus légitimes, l'apparence la plus inoffensive. L'essentiel, en effet, est de paraître se conformer à la loi, tout en la violant.

Mais quel que soit le déguisement auquel on aura recours, quelle qu'en soit la légalité apparente, la fraude, dépourvue des oripeaux qui la couvrent, sera condamnée à la plus rigoureuse impuissance. La preuve de son existence enlèvera à la convention toute force légale, tout lien obligatoire; elle sera censée n'avoir jamais existé.

1288. — Cet effet incontestable de la fraude à la loi n'a jamais pu être, n'a jamais été contesté par personne; aussi, l'unique difficulté que cette matière a pu soulever, se rapporte exclusivement au mode d'après lequel la fraude est susceptible d'être constatée.

Cette difficulté même se concentre dans ce qui concerne les parties; elle n'a jamais pu sérieusement s'élever à l'endroit des tiers. Ceux-ci, en effet, ont toujours le droit d'échapper au préjudice dont ils sont menacés, et ce droit leur confère nécessairement le pouvoir d'établir et de prouver la fraude concertée à leur détriment. Leur refus, dans une pareille occurrence, le secours de la preuve testimoniale, c'était d'avance condamner leurs efforts à l'impuissance la plus absolue, méconnaître, à leur encontre, les principes d'une justice exacte, violer expressément la loi elle-même. En effet, l'article 1348 confère la faculté de prouver par témoins à celui qui n'a pu se procurer la preuve littérale. Or, qui mieux que les tiers s'est jamais trouvé dans une pareille impuissance ?

1289. — L'unique difficulté à cet égard ne pouvait donc se présenter que relativement aux parties contractantes. Fallait-il les admettre à prouver par témoins contre leur propre fait ? La négative a été soutenue; on a dit que rien ne les contraignait à souscrire à une violation de la loi pouvant léser leurs intérêts; qu'elles ont été à même de se procurer la preuve écrite; qu'il n'y avait rien d'immoral à maintenir le préjudice qu'elles se sont volontairement occasionné par leur désobéissance formelle à la loi; que ce qui était véritablement immoral, c'était de faciliter l'accès de la justice à celui qui n'avait d'autre titre à invoquer que sa propre turpitude.

1290. — Une pareille doctrine ne nous paraît pas admissible dans le sens absolu et rigoureux qu'on veut lui donner. Parfaitement juridique dans une certaine mesure, elle serait fautive et dangereuse au delà; elle comporte donc un tempérament équitable, de nature à concilier, dans de justes proportions, les sentiments qu'excite la conduite de la partie avec le respect dû à la loi.

Nous admettons donc la prohibition absolue, contre la partie, de toute preuve testimoniale, dans le cas d'une simulation dans la nature du contrat. Nous nous sommes expliqué, à cet égard, dans la précédente section. Quant à la fraude à la loi, nous distinguons suivant que le but que se sont proposé les parties est prohibé dans un intérêt privé, ou dans un intérêt général ou d'ordre public.

1291. — En effet, toutes les prohibitions, toutes les prescriptions légales n'ont pas été sanctionnées au même titre. Il en est dont l'exécution est réclamée par l'intérêt social, parce que leur violation aurait des conséquences funestes pour toute une classe de citoyens ou pour

tous les citoyens. Le principe qui a dicté les autres n'est que la conséquence de la protection que, dans un intérêt relatif, le législateur a voulu assurer, dans de certaines limites, à tel ou tel droit privé dont il a cru devoir surveiller l'exercice.

1292. — Ces dernières constituent une faveur à laquelle peut renoncer celui que la loi appelle à en jouir. Dès lors, si la fraude est dirigée contre l'une d'elles, la partie n'est pas recevable à la prouver par témoins. Cette fraude n'est qu'une renonciation tacite à un bénéfice qu'on pourrait expressément répudier, et rien ne défend de faire d'une manière indirecte ce qu'on a la faculté de faire directement.

Ainsi, nous avons vu que l'acte onéreux, déguisant une libéralité, était maintenu, malgré qu'il n'offre pas, dans sa confection, les formes prescrites pour la donation. Cependant, pour celle-ci, l'exécution de ces formes est ordonnée à peine de nullité. Mais cette nullité est surtout dans l'intérêt privé du donateur, il a donc pu y renoncer, et c'est ce qu'il a fait en choisissant un autre mode de disposition. A quel titre donc prétendrait-il, tardivement et après coup, revendiquer un bénéfice qu'il a volontairement répudié ? Il n'a pas voulu suivre le conseil que la loi lui donnait, il n'a plus qu'à subir les conséquences de ce qu'il a librement et volontairement exécuté : *Inchoo non datur beneficium*.

1293. — Mais la même indifférence n'est plus possible, lorsque la prohibition éludée est d'ordre public. Son caractère général, non moins que les conséquences de son inexécution, protestent sans cesse contre sa violation. Qu'arriverait-il si on tolérât qu'un débiteur pût éluder la prohibition de se soumettre à la contrainte par corps, hors des cas déterminés ; si les biens arrachés par le médecin ou le confesseur, par des donations sous forme de contrat à titre onéreux, devaient leur appartenir irrévocablement, ou bien encore si, à l'aide d'un déguisement, le père de famille pouvait impunément et sans retour subir les conséquences d'une spoliation qu'il a réalisée dans un moment d'entraînement et de colère ? Il y aurait là, sans doute, des intérêts privés fortement compromis, mais l'intérêt général ne serait pas moins froissé, et la plaie qui lui est faite doit autoriser un recours que celle subie par les premiers ne justifierait pas suffisamment.

1294. — Ainsi, la fraude à une loi d'intérêt privé est obligatoire pour celui qui a concouru à sa réalisation. Il ne pourra en être relevé que par la preuve écrite qu'il s'en sera procurée. La

fraude contre une loi d'ordre public peut toujours être prouvée par témoins, et cette preuve, la partie elle-même peut l'invoquer.

1295. — C'est à l'aide de cette distinction que doit se résoudre une difficulté résultant des termes de l'article 1131 du code civil. Cet article, a-t-on dit, met sur la même ligne le défaut de cause, la cause fautive et la cause illicite. Dès lors la partie, admise à prouver par témoins l'existence de celle-ci, doit l'être à justifier, par le même mode, celle des deux autres.

C'est là prêter à l'article 1131 une intention qui n'a jamais été dans la pensée du législateur. L'article 1131 ne fait qu'une seule chose, il proclame, quant au résultat, une parfaite identité entre la cause illicite et la fautive cause et l'absence de cause, c'est-à-dire que l'obligation, nulle dans la première hypothèse, l'est également dans les deux autres.

Mais comment établira-t-on qu'il n'y a pas de cause, ou que la cause énoncée n'est pas vraie ? La cause n'a pas même besoin d'être exprimée, c'est ce qui résulte de la disposition de l'article 1132. Il faut donc admettre que l'absence de cause dont s'occupe l'article précédent ne s'entend que du cas où le titre, énonçant une cause, n'en a réellement aucune, parce que celle indiquée est fautive et qu'il n'en existe pas d'autre, comme, par exemple, dans la simulation absolue.

Mais, dans cette hypothèse, on se trouvera en présence des articles 1319 et 1322. La foi due à l'acte ne pourra être ébranlée tant que le créancier se retranchera derrière ses expressions. Les allégations du débiteur seront donc évidemment sans objet, à moins qu'appuyées sur une preuve littérale, elles ne justifient soit la fausseté de la cause, soit l'absence de toute cause. Dans l'un et l'autre cas, la preuve testimoniale est inadmissible par l'application de l'article 1341. S'il en était autrement, il faudrait admettre qu'une vente, simulée en fraude des droits des créanciers, pourrait être déclarée telle sur la demande de l'auteur principal de la simulation, qui pourrait la prouver par témoins. Or, le contraire est universellement admis.

Ainsi, en principe, la nullité résultant de la fautive cause ou du défaut de cause est toute dans l'intérêt privé des parties. Cela admis, la simulation de la cause rendant le contrat régulier, fait disparaître le motif de la nullité. L'auteur de cette simulation pouvait en éviter les conséquences soit en ne pas la consentant, soit en se faisant délivrer la preuve écrite de son existence. S'il a manqué à ce devoir, il doit

supporter les conséquences de son imprudence et de sa légèreté. Suffisamment prévenu de ces effets, il ne peut demander à la loi une protection que l'exécution de ses prescriptions lui aurait assurée.

Il n'en est pas de même de la cause illicite. La loi ne peut admettre que ce qui a pour objet d'échapper les préceptes de la morale, l'exigence des bonnes mœurs ou les dispositions d'ordre public puisse jamais produire aucun effet. La volonté contraire des parties ne pouvait, dans aucun de ces cas, prévaloir contre ses prohibitions, sur lesquelles nul n'a pu transiger. Tout ce qui a été fait en sens contraire doit donc s'effacer et disparaître.

Or, comment atteindre ce résultat si les parties elles-mêmes ne peuvent, se prévalant de ce caractère de la fraude, en prouver l'existence même par témoins ? Ne suffit-il pas, pour faire admettre le contraire, de considérer que le résultat de cette doctrine conduirait infailliblement à mettre la loi dans l'impuissance de réprimer ce qu'elle condamne d'une manière formelle ?

Ainsi, il y a identité dans les résultats, dans la cause illicite, dans la fausse cause et dans le défaut de cause, mais l'allégation de la première rend la preuve testimoniale admissible pour les parties elles-mêmes. L'existence des deux dernières ne peut être établie que par la preuve écrite, sauf les droits des tiers qui n'y ont pas concouru.

1296. — La preuve littérale résulterait, dans tous les cas, de la contre-lettre souscrite par les parties. Mais son existence ayant pour objet de favoriser la violation de la loi, on a prétendu, dans certains cas, l'annuler même à l'endroit des parties entre elles. C'est notamment ce qu'on a prétendu pour les contre-lettres établissant un supplément de prix dans les cas de vente.

C'est, en effet, ce qui résultait de la loi du 22 frimaire an VII, dont l'article 40 déclarait nulle et de nul effet, même à l'égard des parties contractantes, toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix porté dans un contrat de vente. Par application de cette disposition, la cour de cassation décidait, par arrêt du 10 janvier 1809, que la demande en supplément de prix, formée par le vendeur et fondée sur une contre-lettre, devait être repoussée. Ainsi, on arrivait à ce singulier résultat que la responsabilité de la fraude retombait tout entière sur celui qui n'y avait aucun intérêt. En effet, la dissimulation du prix ne pouvait avoir pour résultat que d'échapper le droit d'enre-

gistrement sur la partie non déclarée. Or, ce droit étant à la charge de l'acquéreur, on peut supposer que la dissimulation était son fait plutôt que celui du vendeur, et cependant on faisait perdre à celui-ci une partie du juste prix, tandis que l'acquéreur, qui y avait trouvé d'abord l'avantage de ne payer aucun droit d'enregistrement, y trouvait encore celui de s'exonérer de la dette légitime qu'il s'était imposée, et obtenait ainsi la chose sans en payer le prix.

Ce résultat était inique et parut tel au rédacteur du Code. Aussi a-t-il voulu le proscrire lorsque, s'occupant des contre-lettres, il a édicté l'article 1521. Aux termes de sa disposition, les contre-lettres ne peuvent avoir effet qu'entre les parties contractantes; elles n'en ont aucun contre les tiers, seconde règle non moins juste, non moins équitable que la première.

1297. — Il semble qu'une disposition de ce genre était de nature à empêcher, à l'avenir, toute controverse sur l'applicabilité de la loi de frimaire au VII; il n'en a rien été cependant. L'affirmative a été soutenue contrairement à l'opinion de Delvincourt, Toullier, Duranton et Chardon, notamment par de Plasmán, auteur d'un traité spécial sur les contre-lettres¹.

Cet auteur pense donc que les contre-lettres en matière de vente sont encore régies par la loi de l'an VII, que le Code civil n'a pas formellement abrogée. En l'état du silence gardé à cet égard, cette loi spéciale, et toute dans l'intérêt de l'État, n'a pas été atteinte. L'article 1521 ne règle que l'effet des contre-lettres en général, tandis que l'article 40 de la loi ne s'occupe que des contre-lettres *in specie*, de celles qui ont pour objet d'augmenter le prix contenu dans l'acte de vente. Or, dans le concours d'une loi générale, et d'une autre spéciale, celle-ci doit être préférée en vertu de la règle : *Et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*.

Il est donc impossible, continue de Plasmán, de soutenir, en principe strict de droit, que l'article 1521 abroge une disposition avec laquelle il n'a pas un rapport direct. Le principe qu'il consacre n'existait pas sous l'ancienne jurisprudence. Alors, les contre-lettres avaient effet, même à l'égard des tiers. Dès lors, le législateur n'a eu pour but, dans la loi nouvelle, que de consacrer le principe que les contre-lettres ne doivent produire effet qu'entre les parties contractantes seulement, sans s'occuper, en aucune

¹ Partie 1^{re}, § 3.

manière, des lois créées dans l'intérêt du fisc, sans vouloir ni les approuver, ni les détruire.

1298. — En fait, comme en droit, ces raisons manquent de justesse et de portée.

En principe, les lois nouvelles détruisent les anciennes, en tout ce qu'elles ont d'inconciliable et de contraire. Ce principe admis, il faut rechercher quel était l'état des choses au moment où le Code civil allait être promulgué. Or, cet état des choses, de Plasman nous l'indique lui-même : c'était, d'une part, la jurisprudence ancienne permettant d'opposer aux tiers l'effet d'une contre-lettre ; de l'autre, la loi de l'an vi déclarant certaines d'elles non-seulement non opposables aux tiers, mais encore sans effets entre les parties. Le Code a donc trouvé les contre-lettres divisées en deux catégories bien tranchées.

Supposons qu'il n'ait pas voulu admettre cette division et qu'entendant les ranger toutes dans une même catégorie, il ait entendu leur faire produire à toutes le même effet, comment aurait-il procédé ? Évidemment pas autrement que de les comprendre toutes, sans exception, dans une disposition unique. Or, c'est précisément ce qu'a fait l'article 1321 ; peut-on dès lors douter de ses intentions et des effets s'y rattachant ? De Plasman avouera que sa seconde disposition, celle relative aux tiers, s'applique aux contre-lettres en matière de vente comme à toutes les autres. Pourquoi donc seraient-elles exceptées de la règle tracée par la première disposition ? Où s'arrêtera d'ailleurs cette exception purement arbitraire ? Après les contre-lettres en matière de vente, viendront celles pour échange, pour donation, etc... Et, d'exception en exception, la règle générale ne régira plus rien.

Que dans le concours d'une loi générale avec une loi spéciale, il faille recourir à celle-ci, nous l'admettons, mais peut-on contester à la première le droit d'abroger la seconde qui lui est antérieure ? Or, l'abrogation n'a pas toujours besoin d'être formellement exprimée, elle résulte énergiquement du caractère inconciliable des deux dispositions. Or ce caractère fut-il jamais plus énergique qu'entre le texte du Code et celui de l'an vii.

Il suffirait donc de ce texte pour repousser l'opinion de de Plasman. Que sera-ce donc lorsque, s'en référant à la discussion législative, on arrivera à ce résultat que c'est surtout la loi de l'an vii que l'article 1321 a voulu atteindre ? On va juger si notre proposition est le moins du monde hasardeuse.

Le premier projet du Code ne disait rien sur

les contre-lettres, et ce silence avait été imité par la commission. Ce qui les signala à l'attention du législateur fut une proposition de Duchâtel, demandant qu'on les proscrivît d'une manière absolue. L'usage des contre-lettres, disait-il, tendant à déguiser les conventions, il en résulte des fraudes contre les particuliers, et toujours contre le trésor public.

Regnault de Saint-Jean d'Angély dit qu'un jugement vient d'annuler une contre-lettre ajoutant au prix d'une vente.

Bigot de Préameneu soutient que les contre-lettres ne doivent être annulées que lorsqu'elles sont frauduleuses.

Berlier dit que la proposition de M. Duchâtel lui paraît, dans sa généralité, propre à produire un mal plus grand que celui qu'on a voulu éviter.

« Il a été, ajoute-t-il, au titre du *Mariage*, pourvu au sort des contre-lettres qui pouvaient y être relatives, et c'est en cette matière qu'il importait le plus de parer aux abus, parce que c'est là qu'ils sont les plus fréquents, principalement ceux qui touchent à la substance du pacte.

« Mais, dans une foule d'autres contrats qui ont eu lieu entre les hommes, ne serait-il pas souvent injuste de ne considérer comme valable que l'acte authentique, en rejetant les modifications contenues dans la contre-lettre ? Ne serait-ce pas dénaturer les conventions ? Et le législateur le doit-il, lors surtout qu'il peut y avoir des contre-lettres qui n'aient point eu pour objet de déguiser la convention primitive, mais d'en fixer le sens, ou d'en réparer les omissions ?

« A la vérité, les contre-lettres ont souvent lieu pour éluder ou pour affaiblir les droits dus au trésor public ; mais c'est par des amendes, et non par la peine de nullité, que cette espèce de fraude peut être atteinte et punie ; dans aucun cas, le législateur ne peut mettre sa volonté à la place de celle des parties pour augmenter ou diminuer les obligations respectives qu'elles se sont imposées. »

Le consul Cambacérès dit qu'il existe déjà une disposition législative contre l'usage des contre-lettres (loi du 7 frimaire an vii), mais elle ne lui semble pas juste, ces actes doivent avoir tout leur effet entre les parties ; il suffit, pour en prévenir l'abus, de les soumettre au droit d'enregistrement, lorsqu'ils sont produits.

Tronchet observe qu'il faut en effet distinguer : une contre-lettre doit être valable entre les parties, et nulle contre les tiers. Or la régie

de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte ¹.

Après quelques observations de Defermon, dans le même sens, la proposition fut renvoyée à la section qui proposa et fit adopter l'article 1521, tel qu'il est inscrit dans le Code.

Eh bien ! nous le demandons, peut-il exister le moindre doute sur la portée de ce texte et sur l'intention du législateur ? Est-il possible surtout de prétendre qu'il ait voulu maintenir une législation que le consul Cambacérès flétrissait comme injuste, et dont personne n'osa prendre la défense ? Nous pensons donc qu'il est inutile d'insister, et que nous pouvons conclure avec toute certitude. L'article 1521 a voulu surtout abroger la loi de frimaire an vii, et l'a formellement abrogée.

De Plasman trouve mauvais que Toullier ait fait ressortir énergiquement l'immoralité du résultat consacré par une législation que Cambacérès appelait injuste. Il reconnaît cependant qu'il est odieux qu'un acquéreur, se jouant des promesses les plus solennelles, puisse retenir la propriété sans en payer le prix réel et convenu. Mais ce qui est non moins immoral, ajoute-t-il, c'est de voir le vendeur et l'acquéreur s'entendre pour tromper la loi et frauder le trésor public.

C'est donc surtout dans l'intérêt de celui-ci que de Plasman se prononce pour la nullité absolue. Or, qu'on nous permette de le dire, s'il y a un système qui puisse préjudicier aux droits du fisc, c'est incontestablement celui que soutient de Plasman. Quelles seront, en effet, les conséquences de la nullité absolue ? Qu'on ne fera plus de contre-lettres. C'est possible ! Mais la fraude, qu'avec raison blâme de Plasman, se perpétuera tant que les acquéreurs auront intérêt à payer le moindre droit d'enregistrement possible ; seulement on prendra d'autres mesures pour assurer la fraude, telles, par exemple, que le dépôt ou le paiement comptant de la partie du prix qu'on voudra dissimuler ; et, de tout cela, il arrivera que le fisc n'entendra jamais parler de ce supplément et ne pourra jamais le soumettre à aucuns droits.

Combien Cambacérès entendait mieux les intérêts du trésor public ! Valider la contre-lettre, c'est, en cas de difficulté, en favoriser la production ; c'est même forcer cette production en cas de contestation. La connaissance acquise par cette production, le fisc pourra se faire payer avec usure des droits dont on a voulu le frustrer.

Ainsi, indépendamment de ce qu'il est contraire à la loi, le système de de Plasman a le défaut de se placer en opposition directe avec l'intérêt qu'il prétend protéger. Il est donc, sous l'un et l'autre rapport, complètement inadmissible.

1209. — Cependant il a été consacré par deux arrêts de la cour de cassation, des 13 fructidor an ii et 10 janvier 1809. Nous ne dirons rien du premier, car antérieur à la promulgation de l'article 1521, il demeure forcément sans influence sur une question qui n'a pu naître que depuis cette promulgation.

Quant au second, rendu sous l'empire du Code, il a jugé plutôt une question de non-rétroactivité qu'une difficulté se référant à son influence sur la législation précédente. Il suffit, en effet, de faire remarquer que l'arrêt dénoncé à sa censure avait statué sur une contre-lettre antérieure au Code civil, qu'il avait pourtant validée par application de l'article 1521.

Aussi le pourvoi se fondait-il sur la violation de l'article 40 de la loi de l'an vii, et pour fautive application de l'article 1521. Il est vrai qu'à l'appui de ce dernier moyen, le demandeur soutenait que la règle générale de l'article 1521 n'avait pu abroger la loi spéciale à la matière.

Mais ce second moyen n'est pas même abordé par la cour de cassation ; elle se borne à viser dans son arrêt l'article 40 de la loi de l'an vii, dont elle fait application. Ce n'est que dans le sommaire de l'arrêtiste qu'on lit ces mots : *il n'a pas été dérogé à cette loi par l'article 1521*, mais c'est là un principe que l'arrêt ne juge pas, par l'excellente raison qu'il n'avait pas à le décider ; la seule législation applicable était la loi de l'an vii, sous l'empire de laquelle la contre-lettre avait été érée.

Ce que la cour n'a pas jugé en 1809, elle l'a décidé, mais en sens contraire, le 10 janvier 1819, et depuis elle a persisté dans la jurisprudence dans laquelle la plupart des cours d'appel l'ont suivie.

Il existe encore un arrêt dont se prévaut de Plasman, c'est celui rendu par la cour de Metz, le 17 février 1819. Mais cet arrêt, qui n'est peut-être dû qu'à la fausse interprétation donnée à celui de la cour de cassation, du 10 janvier 1809, ne saurait prévaloir, en aucun cas, sur les raisons que nous avons exposées sur la jurisprudence actuelle de la cour de cassation, sur celle que plusieurs autres cours ont adoptée ².

¹ *Procès-verbaux*, séance du 2 frimaire an ii.

² Voy. Dijon, 9 juillet 1828 ; Aix, 21 février 1832 ; cass.,

15 décembre 1832 ; Dalloz jeune, *Dictionnaire général*, v° *Enregist.*, n° 2229.

1300. — Ainsi, et en force de l'article 1521, les contre-lettres, étant obligatoires entre les parties, deviennent la preuve littérale et décisive de la convention. C'est donc conformément aux clauses qu'elles renferment que le traité doit recevoir son exécution. Mais nous allons retrouver ici les principes que nous rencontrions tout à l'heure. La dérogation contenue dans la contre-lettre n'est valable qu'à la condition qu'elle n'aurait trait qu'à un intérêt particulier et privé. Dans le cas où la contre-lettre dérogerait à une loi d'ordre public ou d'intérêt général, son efficacité serait absolue, même pour les parties entre elles.

1301. — On sait que la loi de 1816 a permis aux titulaires des offices de présenter un successeur à l'agrément de l'autorité, et de transmettre leur charge à titre onéreux. Mais cette autorisation est subordonnée à l'approbation qu'il doit recevoir le traité réglant les conditions et le prix de la transmission. Le but de cette réserve, que s'est faite le gouvernement, est de veiller à la sincérité du traité et d'empêcher, dans un intérêt public, toute exagération légèrement consentie, dont les suites pouvaient être funestes en grevant trop fortement l'avenir du nouveau titulaire.

Cette disposition, dont la haute utilité, dont la profonde sagesse n'a pas besoin d'être démontrée, ne doit pas être étendue; il importe que l'autorisation ne soit pas une pure formalité, un vain enregistrement. Il fallait donc prévoir les manœuvres auxquelles elle peut donner lieu, et les réprimer sévèrement.

L'autorisation pouvant seule régulariser la cession, il n'en fallait pas douter, on se mettra à même de l'obtenir en évaluant, dans le traité, l'office vendu, à son juste prix, peut-être même un peu en deçà. Mais l'intérêt privé saura bien faire sa part, et un traité secret, stipulant un supplément de prix, offrira tous les inconvénients que l'on a voulu éviter par la communication forcée du traité.

Voilà, nous ne dirons pas ce qui pourra se réaliser, mais ce qui s'est effectivement réalisé, ce qui se réalise chaque jour, et les ruines éclatantes et scandaleuses qui se sont succédé sont venues témoigner bien hautement de l'incontestable utilité des précautions du législateur.

1302. — En présence de ces catastrophes, la jurisprudence a compris le devoir qu'elle avait à remplir. Ramener les parties à la vérité, en

proscrivant avec une rigoureuse sévérité tout ce qui s'en écarte, tel est le but qu'elle s'est proposé et vers lequel elle marche avec une louable et noble persévérance.

Ainsi elle a annulé tous les traités secrets, en se fondant sur ce grand principe : que les conventions par lesquelles un supplément de prix est stipulé entre le vendeur et l'acheteur d'un office, en dehors du traité ostensible soumis à l'approbation du ministre, sont essentiellement illicites et contraires à l'ordre public, comme ayant pour objet de faire fraude aux dispositions législatives réglant, dans un intérêt général, le mode et la condition de la transmission des offices; que, dès lors, de telles conventions ne peuvent engendrer aucune obligation ni civile ni naturelle¹.

Ainsi, dans une cession d'office, il ne peut y avoir d'autre prix que celui porté au traité soumis à l'approbation du gouvernement. De quelque manière qu'un supplément de prix ait été stipulé, la convention est nulle et sans effet.

Par application de cette règle, il a été jugé :

Que la contre-lettre qui attribue les débets au vendeur, sans diminution du prix de l'office, tandis que le traité ostensible comprend les débets, avec ou sans ventilation, dans le prix de l'office, est radicalement nulle; qu'en conséquence, dans le cas où le vendeur aurait perçu les débets, il est tenu d'en rendre compte à l'acheteur²;

Que la contre-lettre qui fixe au jour de la cession l'entrée en jouissance, que le traité indique pour le jour de la prestation du serment, est également nulle³;

Qu'il en est de même de la convention secrète portant que la cession d'un office fait par un père à son fils, sous forme de démission pure et simple, a lieu, en réalité, à titre onéreux, moyennant un prix qui sera ultérieurement fixé⁴.

1303. — Dalloz critique cet arrêt comme enlevant la propriété aux pactes de famille, et accuse la cour de cassation d'avoir, par une sévérité outrée, dépassé le but. Nous croyons, au contraire, que, quelque rigoureuse qu'elle paraisse, cette décision est parfaitement juridique, dictée qu'elle était par une déduction logique du principe président à la transmission des offices. Ainsi que le fait remarquer la cour de cassation, la propriété d'un office n'est pas une propriété ordinaire dont le titulaire ait la libre disposition.

¹ Cass., 16 mars 1849, D. P., 49, 1, 294.

² Cass., 8 janvier 1849, D. P., 49, 1, 12.

³ Cass., même jour.

⁴ Cass., 29 novembre 1848, D. P., 49, 1, 15.

La loi de 1816 ne lui confère que la faculté de présenter un successeur, que le gouvernement a toujours le droit de refuser ou d'admettre. Or l'exercice rationnel de ce droit est impossible si indépendamment de ce qui est relatif à la capacité et à la moralité du nouveau titulaire, toutes les conditions du traité ne sont pas fidèlement mises sous les yeux du ministre.

La plus essentielle de toutes ces conditions, est évidemment celle concernant le prix. Il importe que ce prix soit dans de justes proportions avec la valeur réelle de la charge; que l'obligation de le payer soit de telle nature que le débiteur puisse la remplir et faire face aux intérêts en résultant par les seules ressources de la charge elle-même et par les revenus légitimes dont elle est susceptible. Il faut, en un mot, que l'engagement ne soit pas tellement onéreux que la ruine et la déconfiture du nouveau titulaire puissent être entrevues dans un temps plus ou moins prochain. Comment le gouvernement veillera-t-il à tout cela, si le prix de la cession n'est pas même fixé au moment où son approbation est demandée?

Il est d'ailleurs incontestable que, dans les traités ordinaires, la clause que le prix sera ultérieurement fixé ferait que l'agrément de l'autorité serait refusé, et ce refus ne serait blâmé par personne. Pourquoi en serait-il autrement, lorsque c'est le père qui le cède à son fils? Est-ce que, dans ce cas, la détermination du prix ne peut pas être exagérée et hors de toute vérité? Est-ce que, ce cas se réalisant, le titulaire ne se trouverait pas grevé d'une charge à laquelle les revenus légaux de l'office pourrout à peine suffire? Sera-t-il moins tenté qu'un autre de se procurer, par des moyens extra-légaux, les ressources dont il manquera? Est-ce qu'enfin, et suivant l'intérêt du moment, la détermination du prix ne sera pas le résultat de la collusion dans le but de priver les créanciers, que le titulaire peut avoir, d'une partie de l'actif sur la foi duquel ils ont traité? Si tout cela est réellement à redouter, pourquoi se départir d'une surveillance nécessaire pour obvier à tous ces inconvénients? On ne saurait en donner une raison plausible, et la validité d'une contre-lettre, dans ce cas, ne serait qu'une faveur accordée au mensonge et à la ruse.

Que le père et le fils aient trompé le gouvernement, c'est incontestable. L'apparence d'une démission pure et simple, devant en quelque sorte être suivie de l'approbation, évite ainsi tout contrôle efficace. Faudrait-il les récompenser de la simulation qu'ils se sont permise? Le pacte de

famille ne saurait être pour le gouvernement une raison d'aliéner sa mission d'ordre public et d'intérêt général. En quoi, d'ailleurs, l'existence de ce pacte répugne-t-elle à la détermination actuelle d'un prix? C'est surtout ce prix qu'il importe à la famille elle-même de connaître, et, puisqu'on doit le fixer ultérieurement, on ne peut expliquer le défaut de fixation actuelle que par l'intention bien arrêtée de se soustraire au contrôle de qui de droit. Favoriser cette intention, ce ne serait pas autre chose que récompenser et encourager la fraude. En la proscrivant, l'arrêt de la cour de cassation n'a donc fait qu'un acte de morale et de justice.

Ainsi toute contre-lettre, quels qu'en soient les signataires, fût-elle de père à fils, reste frappée d'une nullité radicale, dès qu'elle modifie ou abroge, dans une partie quelconque, le traité soumis d'office à la chancellerie. Cette règle ne comporte aucune exception, mais elle serait évidemment non applicable à la contre-lettre expliquant le sens et la portée des clauses du traité public, sans les modifier. Ainsi, il a été jugé que, lorsque les conditions de la vente d'un office ont été arrêtées avant que le cessionnaire eût l'âge requis, au moyen d'un traité demeuré secret, mais qui ne diffère du traité soumis plus tard à la chancellerie que par des clauses transitoires devenues sans objet, ce traité est suffisant pour conférer au cédant le privilège du veudeur et l'autoriser à en transmettre le bénéfice par voie de subrogation, en vertu de cet acte, au tiers qui l'a payé après la nomination du cessionnaire¹.

1304. — La jurisprudence qui proscriit toute dérogation au traité public, jurisprudence dans laquelle la cour de cassation persiste avec une inflexible fermeté, amenait, comme conséquence inévitable, à consacrer le droit de répéter les sommes payées à titre de supplément de prix, soit au moment du contrat, soit avant, soit après. En effet, considérer ces paiements comme légitimement acquis, c'était rendre complètement illusoire la nullité des contre-lettres, qu'on eût dès lors délaissées, en prenant un moyen plus sûr pour faire réussir les desseins que ces contre-lettres faisaient vainement entrevoir. Ce moyen était naturellement indiqué. On aurait exigé le paiement actuel et comptant du supplément du prix, ou la remise de valeurs négociables, jusqu'à due concurrence.

La seule précaution efficace contre cette fraude si facile était de considérer comme nuls ces

¹ Orléans, 31 janvier 1846; D. P., 47, 2, 101.

payements ou remises, et cette précaution était indispensable pour assurer le but qu'on se proposait d'atteindre par la nullité absolue des contre-lettres. En effet, chassée d'un côté, la fraude serait largement revenue de l'autre, et les inconvénients prévus, loin de s'affaiblir, ne pouvaient manquer de s'aggraver. C'est ce que la jurisprudence a compris, c'est ce qu'elle a voulu prévenir par la nullité de la contre-lettre verbale, comme de la contre-lettre écrite, et par l'admission du droit de répétition de ce qui a été payé en vertu de l'une ou de l'autre.

1305. — La sagesse de cette solution a été méconnue et son caractère juridique contesté. Mais l'une et l'autre peuvent facilement être justifiés. Sans doute il est des obligations que la loi permet de faire annuler, et qui sont cependant dans le cas de créer un lien naturel. Mais il faut distinguer ce que la loi permet de ce qu'elle ordonne, parce que de la diversité de ce caractère découlent des conséquences bien différentes.

Ainsi les obligations annulables ou rescindables ont une existence légale tant que leur nullité ou leur rescision n'a été ni demandée ni obtenue. Le droit de la faire consacrer est reconnu par la loi, mais elle n'en prescrit aucunement l'exercice, qu'elle laisse au libre arbitrage de la partie lésée.

Dès lors l'exécution à laquelle se livre cette partie, au moment même où elle pouvait poursuivre la nullité, est un acte spontané et libre qui non-seulement engendre une obligation naturelle, mais qui, pouvant constituer une ratification, est susceptible de donner au contrat le lien légal et obligatoire dont il manquait jusque-là.

Il ne saurait en être de même pour l'obligation illicite. Sa nullité n'a pas besoin d'être ordonnée, elle existe de plein droit, il n'y a jamais eu d'obligation, aucune possibilité de l'exécuter, et moins encore de lui donner aucune valeur légale par une ratification, fut-elle expressément consentie. Il y a même plus; personne ne pouvant faire ce que la loi prohibe formellement, l'exécution d'une obligation contractée contre cette prohibition est elle-même illégale et nulle, et dès lors incapable de produire aucun effet.

Ainsi les pactes sur succession future, les sociétés de délits, les contrats usuraires, les stipulations illégales de contrainte par corps, en un mot, tout ce qui est de nature à porter atteinte à une prohibition formelle, édictée dans l'intérêt des mœurs, de l'ordre public, de la sécurité de l'État, n'a jamais eu une existence réelle, susceptible de créer un lien moral quelconque. La

violation de la loi, qui proteste contre le pacte, proteste contre son exécution qu'on ne pourrait dès lors tolérer, et moins encore indirectement valider, sans méconnaître la volonté expresse du législateur.

La différence entre la nullité radicale et de plein droit et celle que la loi n'a consacrée que par des considérations particulières ne pouvait être méconnue. Aussi n'est-ce pas sur celle-ci qu'on a insisté. Mais il existe une nullité d'ordre public à laquelle la loi a attaché une obligation naturelle : ainsi les dettes de jeu librement et spontanément payées ne sont pas répétables. S'emparant de cet exemple, on s'est écrié : Vous voyez donc bien qu'une obligation naturelle peut être produite par les nullités radicales elles-mêmes.

Mais ce qui enlève à cette objection toute force et toute portée, c'est précisément la disposition de l'article 1967. Le législateur ne s'est pas dissimulé qu'en principe le jeu ne pouvait engendrer même une obligation naturelle; qu'en conséquence le paiement de ce qui avait été perdu ouvrait l'action en répétition. Mais, par des considérations que nous n'avons pas à apprécier, pour rendre hommage à nos mœurs peut-être, il n'a pas cru devoir autoriser cette répétition. Il s'en est donc formellement et spécialement expliqué. Ainsi, si la dette de jeu volontairement payée n'est pas répétable, c'est par exception au principe général; si cette exception est admise, c'est qu'elle est écrite en toutes lettres dans la loi. Qu'on nous montre donc qu'il en est de même pour le supplément de prix d'un office, et nous nous avouons immédiatement vaincus.

Ainsi l'objection tirée de l'article 1967, loin d'atténuer la rigueur du principe, ne fait que le confirmer. Pour que la nullité radicale et d'ordre public crée une obligation naturelle, il faut une exception formellement prévue. Cette exception n'existant pas, le principe continue à exercer tout son empire.

Maintenant, dans quelle catégorie faut-il placer la nullité de la contre-lettre, en matière de cession d'office? Cette question ne peut être douteuse. Cette nullité ne reconnaît d'autre motif que l'intérêt général et public. Elle est donc radicale, absolue; elle ne peut dès lors produire une obligation, même morale.

1306. — Mais, a-t-on dit, la loi de 1816 n'a nulle part pros crit les contre-lettres, on ajoute donc à la loi lorsque non-seulement on les annule, mais surtout lorsqu'on permet de répéter ce qui a été payé à ce titre.

Sans doute le législateur de 1816 n'a pas em-

ployé cette locution : toute contre-lettre est défendue, mais une pensée conforme s'induit clairement de la loi.

La cession de l'office n'est qu'une faculté qui ne peut être exercée que sous la condition formelle de l'approbation du gouvernement. Cette approbation, qu'un intérêt général a fait prescrire, ne peut être que le résultat d'une appréciation éclairée et loyale des conditions du marché. Elle ne sera accordée que si le ministre est convaincu : 1° que la charge sera honnêtement exercée ; 2° que l'acheteur ne s'impose pas de charges trop lourdes ; 3° que, renfermé dans son état, il y trouvera, en en respectant les limites, en en pratiquant les devoirs, une suffisante existence. Pour que cette conviction se forme, il faut de toute nécessité que le traité qui en forme les éléments essentiels soit sincère, surtout en ce qui concerne le prix. Qu'importe, en effet, la capacité du successeur désigné si, d'avance, l'exorbitance des engagements qu'on lui fait secrètement consentir le réduit à trouver un complément de ressources dans l'agiotage, dans la spéculation, et le destine fatalement, en quelque sorte, à finir dans l'abîme où il plongera de nombreuses victimes.

Si le but indiqué est bien celui que s'est proposé le législateur de 1816, est-il possible de nier qu'il ait entendu proscrire tout ce qui tendrait à lui enlever son véritable caractère et son utilité ? La contre-lettre, dissimulant une partie du prix, ne peut que déterminer ce résultat. Elle se trouve donc nécessairement atteinte par cette proscription.

Ainsi, pour se conformer à l'intention du législateur de 1816, la jurisprudence devait nécessairement aboutir à ces deux termes : d'une part, nullité radicale de toute contre-lettre ayant pour objet de modifier ou de déroger aux clauses et conditions du traité public communiqué à la chancellerie ; de l'autre, faculté de répéter tout ce qui aurait été payé ou donné à titre de supplément de prix, au moment du traité, avant ou depuis. C'est ainsi, au reste, que les tribunaux et cours l'admettent aujourd'hui.

1507. — De cette jurisprudence il suit que le traité secret ne pouvant être ratifié ni expressément ni tacitement, l'exécution qui lui aurait été donnée ne créerait aucune fin de non-recevoir, soit contre l'action en nullité, soit contre celle en restitution ou imputation des sommes également perçues en vertu du traité secret. Il en serait de même de la transaction dont ce traité secret aurait été l'objet, si, tout en réduisant le supplément du prix secrètement stipulé, elle

l'avait cependant consacré en partie. Il ne saurait y avoir de transaction valable que celle qui ramènerait les parties à l'exécution pure et simple du traité public. Tout ce qui irait au delà serait atteint de la nullité viciant le traité secret lui-même, et, en conséquence, resterait non-seulement sans effet, mais ne saurait même échapper à l'action en restitution.

1508. — L'action en nullité et celle en restitution conférée au débiteur principal appartiennent à la caution. En principe, ce qui est nul comme illicite ne saurait devenir la matière d'un cautionnement légal et obligatoire. Celui qui l'aurait fourni serait donc recevable à en faire prononcer l'invalidité.

Pourrait-il, après avoir payé, demander la restitution ou tout au moins l'imputation jusqu'à concurrence sur le prix du traité primitif qu'il aurait également cautionné ? L'affirmative n'est pas douteuse et résulte du droit de répétition reconnu au débiteur. Ce qui vicie l'engagement de celui-ci vicie également celui de la caution. Les conséquences de ce vice ne pourraient donc varier dans leur application à l'un ou à l'autre.

1509. — Le cessionnaire de l'office, foudé à opposer au cédant la nullité du traité secret, pourrait-il également l'opposer pour se dispenser de rembourser le supplément du prix qu'un tiers aurait payé pour lui ?

Il nous semble que cette question doit se résoudre par le principe admis par la cour de cassation en matière de jeu ¹. Si le tiers a connu le traité secret, s'il y a coopéré comme intermédiaire ou mandataire, il a assumé volontairement les chances de la subrogation aux droits du vendeur ; résultant du paiement, ce droit reste en ses mains ce qu'il était entre celles du cédant lui-même. Les objections opposables à celui-ci pourront donc lui être opposées, alors même que le titulaire de l'office eût consenti au paiement et à la subrogation.

Si le tiers a payé de bonne foi, s'il s'est borné à prêter son argent, le droit d'en obtenir son remboursement ne saurait être sérieusement contesté par le débiteur, acquéreur de l'office. La destination qu'il aurait donnée à la somme empruntée ne saurait être opposée au prêteur, qui n'avait pas même à s'en occuper, et encore moins à s'en enquérir.

1510. — Une autre conséquence de la jurisprudence que nous avons indiquée est de rendre la preuve testimoniale admissible pour établir

¹ *Id. supra*, n° 677 et suiv.

soit qu'une somme quelconque a été payée au moment et en dehors du traité, à titre de supplément de prix, soit que les valeurs dont on réclame le paiement n'ont pas d'autre cause. Sans la preuve testimoniale, la répétition autorisée ne saurait avoir lieu, car, en l'état de ce danger, le vendeur se gardera bien de donner une preuve écrite du paiement et de ses causes, non plus que de celle des effets qu'il a fait souscrire. Cette admissibilité, d'ailleurs, se justifie parfaitement par les principes ordinaires. Ainsi que nous venons de le voir, la fraude contre une loi d'ordre public peut toujours être invoquée par la partie et prouvée par témoins. Or, tel est évidemment le caractère de celle ayant pour objet de percevoir un supplément de prix dans la vente d'un office.

1311. — L'action en nullité du traité secret et celle en restitution ne se prescrivent que par trente ans, cela n'a pas cependant laissé que de soulever des difficultés. Dans un cas comme dans l'autre, a-t-on dit, l'objet principal du litige, c'est la nullité de la contre-lettre. Dès lors, et en vertu de l'article 1304, il faut admettre que le silence prolongé pendant plus de dix ans, ayant éteint l'action en nullité, a également anéanti la faculté de répéter ce qui a été indûment payé¹.

Cette doctrine a le tort d'appliquer aux actes nuls de plein droit une règle seulement applicable aux contrats annulables ou rescindables. L'article 1304 ne s'occupe que de ces derniers, et la prescription qu'il consacre n'est que la conséquence de leur caractère. Nous l'avons déjà dit, ces actes ne sont qu'infestés d'un vice purement relatif, que la loi permet à la partie intéressée de couvrir par une ratification expresse ou tacite. Elle considère le silence de plus de dix ans comme constituant cette dernière et ayant par conséquent donné à l'acte toute légalité. Aussi en ordonne-t-elle l'exécution pour l'avenir.

Rien, au contraire, ne peut valider l'acte nul comme contraire à la loi, à l'ordre public, à l'intérêt général. On n'acquiert pas le droit de violer la loi par cela seul qu'on l'a violée plus ou moins longtemps. L'acte qui ne peut être expressément ratifié ne peut l'être tacitement, fût-ce même par un silence s'étant prolongé au delà de dix ans. La seule prescription qui puisse, non pas en faire admettre l'exécution, mais lui acquiescer

le pardon du passé, est celle qui ne permet pas de l'attaquer, parce qu'elle anéantit toutes les actions, tant réelles que personnelles, c'est-à-dire la prescription trentenaire.

Ce système, qui a l'adhésion d'une foule d'auteurs graves², consacré par un arrêt de Bordeaux, du 20 août 1828, a été depuis sanctionné par la cour de Paris, le 3 décembre 1846, et par la cour de cassation, le 3 janvier 1849³.

1312. — L'inaliénabilité du fonds dotal date déjà de fort loin. Dans l'origine, le mari, maître de la dot, pouvait en disposer et l'aliéner, même sans le concours de la femme. La loi *Julia de adulteris* vint mettre un terme à cette faculté; elle défendit toute aliénation *inrita uxore*.

Cette prohibition, faite au mari, fut étendue à la femme par Justinien. Désormais le fonds dotal devint inaliénable, aucun des époux ne pouvant en disposer pendant le mariage, soit conjointement, soit séparément.

Cette prohibition a-t-elle créé ce meilleur état des choses que se promettait Justinien? Est-elle une amélioration ou un inconvénient? Nous ne voulons pas entrer dans cette vieille querelle entre le droit coutumier et le droit écrit, ce qui nous entraînerait au delà de notre sujet. Disons seulement que cette inaliénabilité absolue a créé et crée encore de bien graves embarras et de bien nombreux obstacles au développement de la prospérité de certaines familles, et que si, sous le point de vue personnel à la femme, elle a des avantages, ces avantages ne sont souvent acquis que par des moyens souverainement iniques, au point de vue purement moral.

Quoi qu'il en soit, cette inaliénabilité se trouvant consacrée par le Code civil, il nous faut l'examiner au regard des fraudes que la loi peut inspirer, en rechercher le caractère, en déduire les effets par rapport aux tiers, par rapport aux époux eux-mêmes.

1313. — Les lois réglant l'inaliénabilité du fonds dotal constituent un statut réel. Les époux sont, pendant le mariage même, capables de disposer, seulement le fonds dotal demeure indisponible en leurs mains. La prétention contraire a été soutenue, et ceux qui voyaient dans ces lois un statut personnel ont invoqué la place que Justinien a donnée à la prohibition. C'est dans ses *Institutes*, et précisément sous le titre intitulé : *Quibus alienare licet; vel non*, qu'il l'a placée. Donc, la prohibition créée, elle-même,

¹ Toullet, t. VII, n° 399; Delvincourt, t. II, n° 598.

² Merlin, *Rép.*, v° *Ratification*; Duranton, t. XII, n° 523; Troplong, de la *Vente*, n° 249; Marcadé, *Éléments du droit*

civil, art. 1504; Zachariæ, t. II, p. 440.

³ D. P., 32, 2, 577; 47, 2, 4; 49, 1, 139.

une incapacité personnelle. C'est là une erreur que nous démontrerons en nous occupant de la question de savoir si la vente du fonds dotal peut être ou non valablement cautionnée.

Donc, la prohibition d'aliéner la dot s'applique aux biens et non à la personne, et ses fondements étaient, en droit romain, considérés comme d'intérêt général, la conservation de la dot devant rendre un second mariage plus facile et contribuer ainsi à augmenter la population : *Interest reipublicæ mulierum dotes salvas esse, quibus nubere possunt*.

Le droit français s'est beaucoup moins préoccupé des secondes nocces que de l'intérêt de la femme et de celui des enfants. La dot est un *minimum* de fortune que la loi a voulu leur conserver malgré le naufrage au milieu duquel peuvent périr toutes les autres ressources du ménage. Mais cette manière d'entendre le droit ne lui enlève rien de son caractère public, l'intérêt général des familles ne cesse pas de se recommander à la faveur de la loi.

1314. — Il importe cependant de remarquer que, quoique d'ordre public, quoique existant *ipso jure*, c'est-à-dire qu'on doit l'obtenir indépendamment de toute obligation de prouver soit une lésion, soit un préjudice, la nullité de l'aliénation du fonds dotal n'est pas absolue. Cela tient à ce que l'ordre public n'y est que subsidiairement intéressé. L'intérêt principal est celui de la femme et des enfants : *Primario spectat utilitatem privitam, et secundario publicam*. Ce sont, dit Dunod, les particuliers qui profitent de l'interdit, et sa prohibition produit une nullité qu'on appelle relative, parce qu'elle n'est censée intéresser que celui en faveur de qui elle est prononcée¹.

Ces observations fixent le caractère de la nullité et les conséquences de la fraude. La nullité est légale, c'est-à-dire qu'elle est formellement prononcée par la loi. Mais, tout en l'admettant, le législateur ne fait pas un devoir de la faire prononcer, il s'en rapporte à la partie intéressée qui peut non-seulement ne pas la poursuivre, mais encore la couvrir en ratifiant l'acte lorsque l'empêchement qui le fait prohiber a disparu. En d'autres termes, la loi n'autorise pas, mais elle n'empêche pas non plus : *Non assistit nec corroborat quod est autem respectu ejus in cuius favorem prohibitio facta est; sed non resistit absolute et semper*².

Ce caractère spécial de la nullité de la vente

du fonds dotal était admis par l'ancien droit³; doit-on l'admettre aujourd'hui encore?

L'affirmative nous paraît résulter de la jurisprudence, qui repousse l'action de l'acquéreur ayant sciemment traité avec les époux ou l'un d'eux. Cette jurisprudence serait illogique si la nullité est absolue, car il est de l'essence de celle-ci de pouvoir être opposée par toutes les parties. Si, dans l'espèce, on le décide autrement, si la demande en nullité de l'acquéreur est repoussée par application de l'article 1125, c'est qu'on admet qu'il ne s'agit que d'une nullité relative.

L'affirmative résulte encore de la possibilité d'une ratification même tacite, dont l'effet est de donner à l'acte toute la validité qu'il aurait eue s'il n'avait contrevenu dans l'origine à une prescription légale et d'en assurer l'exécution dans l'avenir. Or, nous l'avons déjà dit, la nullité absolue, contre laquelle la loi résiste sans cesse, ne peut jamais sortir à effet, ne peut être ratifiée ni expressément, ni tacitement; l'action dont elle est la source ne se prescrit que par trente ans. Conséquemment, s'il en est autrement pour la nullité du fonds dotal, c'est que cette nullité, reconnaissant une autre origine, obéit à des principes différents.

Nous croyons donc que la nullité est aujourd'hui ce qu'elle était autrefois, c'est-à-dire radicale et absolue pour ce qui concerne les époux et la famille; purement relative quant aux tiers ayant traité avec l'un d'eux.

1315. — Il résulte de là que ces tiers ne peuvent de leur chef l'invoquer ni la faire valoir, s'ils ont connu la qualité de celui avec qui ils ont contracté. Nous distinguerons cependant suivant qu'ils ont acheté du mari ou de la femme.

Celui qui achète un bien déclaré appartenir à une femme mariée est mis immédiatement en demeure de prendre toutes les précautions possibles pour s'assurer si le bien qu'il achète est ou non grevé de dotalité. S'il néglige de le faire, le contrat devient irrévocable pour lui sans qu'il puisse prétendre avoir été dans l'ignorance sur le vice de l'objet vendu. Nous le répétons, ce vice, la qualité de femme mariée devait le lui faire présumer, et s'il n'en a pas vérifié l'existence, il a commis une faute des conséquences de laquelle il ne saurait être relevé.

Si la vente a été consentie par le mari seul, agissant en son propre et privé nom, comme propriétaire de ce qu'il vend, l'acheteur n'a pas

¹ Des Prescriptions, p. 48.

² Dunod, *ibid.*

³ Dupérier, Questions notables, quest. 9, t. I, p. 56.

dû se douter même de la totalité dont cette chose est atteinte. Sans doute, il eût dû exiger que le mari justifiait la propriété qu'il alléguait; mais la bonne foi, qui est de l'essence de la vente, empêche d'attacher une importance majeure à cette négligence, et l'acquéreur, en vertu même de cette bonne foi, devrait être admis à poursuivre la nullité de la vente lorsqu'il découvre la totalité qu'il avait complètement ignorée.

Mais il n'en serait plus ainsi si le mari avait procédé comme tel dans la vente, s'il avait pris la qualité d'administrateur de la dot ou celle de mandataire de sa femme. Dans ce cas, la propriété de la femme est suffisamment indiquée, et cette indication suffit pour soumettre l'acquéreur à toutes les obligations de celui qui traite directement avec une femme mariée. Il devait donc se faire représenter le contrat de mariage. La faute grave qu'il a commise, en ne pas l'exigeant, le laisse sans droits contre l'engagement qui en a été la conséquence. A plus forte raison en serait-il ainsi si la vente avait été faite par le mari et la femme conjointement ¹.

1316. — Ainsi l'acquéreur, qui a, au moment de l'achat, ignoré la totalité de l'immeuble, est recevable, après la découverte qu'il en fait plus tard, à poursuivre la nullité du contrat, mais il ne peut exiger de cette ignorance toutes les fois que la propriété lui a été désignée comme appartenant à la femme. Cette indication, de plein droit existant, lorsque c'est la femme elle-même qui a vendu, résulte suffisamment soit de la qualité d'administrateur ou de mandataire prise par le mari, soit du concours donné par la femme au contrat.

1317. — Cependant la cour de cassation a jugé, le 11 décembre 1815, que, même lorsque le mari a traité seul et comme propriétaire de ce qu'il aliène, l'acquéreur ne peut être admis à poursuivre la nullité du contrat, et cela par application de l'article 1123 du Code civil ². Nous ne pouvons adopter la doctrine par trop sévère de cet arrêt, et nous contestons la justesse de l'application de l'article 1123. Que celui qui traite avec un incapable ne puisse se prévaloir plus tard de cette incapacité, cela se comprend; mais celui qui a contracté avec un capable, et qui a été trompé par lui sur la disponibilité de la chose qu'il prétend lui appartenir, ne s'est pas placé sous le coup de cet article, dont l'application doit lui rester étrangère. Qu'on exige la représentation du contrat de mariage, lorsqu'on

dénonce l'existence des droits de la femme, soit; mais lorsque celui qui a vendu n'a pas même indiqué sa qualité d'homme marié, l'exigence n'est plus que souverainement déraisonnable. Au fond, le mari, qui vend comme lui appartenant la chose de sa femme, abuse étrangement des droits qui lui sont conférés sur la dot et commet, en quelque sorte, une véritable fraude contre l'acheteur. Sous tous ces rapports, la cour de cassation paraît s'être écartée dans son arrêt des véritables principes autant que des notions de l'équité et de la justice.

1318. — Nous ajoutons que la vente faite par la femme, par le mari, ou par tous les deux conjointement, qui ne serait que le résultat des manœuvres frauduleuses auxquelles ils se seraient livrés, serait nulle, et que cette nullité serait opposable par l'acquéreur. Mais on ne saurait considérer comme manœuvre frauduleuse le défaut de déclaration sur la totalité du bien vendu ³, les conséquences du silence gardé à cet égard ne pouvant, dans aucun cas, être autres que celles formellement indiquées par l'article 1560 du Code civil.

1319. — Cet article dispose que l'aliénation du fonds dotal pourra être révoquée sur la demande de la femme ou de ses héritiers, après la dissolution du mariage ou la séparation des biens, et pendant la durée du mariage sur la demande du mari lui-même. Ainsi le législateur ne s'arrête pas à la part plus ou moins grande que les époux ont prise à la fraude qu'il s'agit de réprimer. Le mari est recevable à l'attaquer, alors même que, traitant en son propre et privé nom, il a aliéné, comme lui appartenant, le bien qu'il vient revendiquer comme dotal; ce droit exorbitant n'est que la conséquence de ce que l'aliénation du fonds dotal, *contra legem interdicta*, crée, au regard des époux et de la famille, une nullité absolue que chacun d'eux peut dès lors invoquer.

1320. — Le mari peut donc poursuivre lui-même la révocation de l'aliénation par lui consentie. Pendant le mariage, c'est le mari qui a toutes les actions; lui seul peut donc les exercer soit dans son intérêt propre, comme devant percevoir les fruits de la dot, soit dans l'intérêt que la femme et les enfants ont à la conservation du bien dotal.

Le mariage dissous, le mari est obligé de restituer la dot dont la propriété est transférée aux héritiers de la femme, toute action l'in-

¹ Duranton, t. XV, n° 529.

² Sirey, 16, II, 161.

³ Paris, 25 février 1833.

ressant ne peut donc plus appartenir qu'aux héritiers eux-mêmes; le mari n'aurait conséquemment plus aucune qualité pour révoquer l'aliénation du bien dotal que les héritiers respectent peut-être. La séparation de bien prononcée produit sur la recevabilité de l'action du mari le même effet que la dissolution. La femme, recevant l'administration et la jouissance de la dot, a désormais seule qualité pour toutes les actions s'y référant.

1321. — Le mari, héritier de sa femme, pourra-t-il, en cette qualité, demander, après le mariage, la révocation de l'aliénation du bien dotal qu'il a consentie pendant sa durée?

1322. — Bellot¹ distingue le cas où l'acquéreur a ignoré la dotalité, et celui où il en a eu connaissance. Il pense que, repoussée dans le premier, la demande du mari héritier devrait être accueillie dans le second.

Cette distinction et ses conséquences sont critiquées par Dalloz. La bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur, dit ce jurisconsulte, doit être vérifiée pour savoir si, en cas de revendication, le mari doit ou non être condamné à des dommages-intérêts; mais cette circonstance est indifférente pour la décision de la question de savoir si, dans l'espèce, le mari peut revendiquer. Or, il n'a pas lui-même le droit de demander l'annulation de la vente du fonds dotal après la dissolution du mariage; il est vrai que, dans l'espèce, le mari a succédé aux droits de la femme qui aurait pu faire prononcer la nullité; mais cette qualité d'héritier ne peut effacer en lui sa qualité de vendeur. On doit donc, dans tous les cas, lui appliquer la règle *quem de evizione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*².

1323. — L'erreur de Dalloz se dissimule à peine derrière l'évidente faiblesse des raisons qu'il invoque. Sans doute le mari ne peut plus, après le mariage dissous, poursuivre la révocation de l'aliénation du bien dotal, nous en avons donné le motif; c'est qu'il est désormais étranger à tout ce qui concerne la dot; mais de ce qu'il ne peut agir comme mari, s'ensuit-il qu'il ne puisse le faire en une autre qualité? Pourrait-on, par exemple, le déclarer non recevable s'il poursuivait cette révocation en qualité de tuteur de ses enfants, héritiers de leur mère? Pourquoi donc ne le serait-il pas lorsque, héritier lui-même, il exerce les droits personnels à celle qu'il représente?

Parce que, dit Dalloz, la qualité d'héritier ne peut effacer celle de vendeur. Mais est-ce que cette dernière est un obstacle même pour le mari? Il n'y a à cet égard qu'à lire l'article 1360 pour être convaincu du contraire. La qualité de vendeur ne suffit même pas pour qu'on soit tenu de l'éviction; pour que cette obligation pût être imposée au mari, il faudrait de toute nécessité que le caractère de dotalité eût été caché à l'acquéreur. Alors en effet, et seulement alors, le mari est passible de dommages-intérêts; c'est ce que porte textuellement l'article 1360.

Si la dotalité a été déclarée, si par la qualité des parties au contrat elle a été connue de l'acquéreur, le mari ne doit ni garantie, ni dommages-intérêts. On ne pourrait donc lui opposer, sous aucun prétexte, la maxime invoquée par Dalloz : *Quem de evizione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. On ne pourrait en exciper que si des dommages-intérêts étaient dus par lui.

Il faut donc en revenir à la distinction conseillée par Bellot : Si la dotalité a été dissimulée, le mari est responsable, tenu d'indemniser l'acheteur. S'il vient, en l'état de cette obligation, faire révoquer l'acte en qualité d'héritier de sa femme, on lui opposera avec succès que sa demande n'est pas recevable. L'action pouvant l'atteindre, l'exception devient péremptoire.

Si l'acquéreur a connu la dotalité, il s'est constitué en état de mauvaise foi, il n'a dès lors aucune garantie à exercer contre personne, pas même contre le mari; comment dès lors, privé de l'action, pourrait-il élever une exception contre l'héritier de la femme, lorsqu'il ne pourrait l'opposer au mari agissant personnellement en cette qualité?

L'opinion de Dalloz est d'autant plus extraordinaire, quelques lignes plus bas, il soutient que le cautionnement formel, donné par le mari à l'aliénation du fonds dotal, ne saurait produire aucun effet contre lui, ni l'obliger à garantir³. Comment donc peut-il ici faire résulter cette garantie du simple concours du mari à l'acte d'aliénation ou du fait même de la vente? Ainsi, le mari serait tenu s'il n'a rien dit, non tenu s'il avait expressément cautionné? Telle est cependant la contradiction étrange à laquelle arrive Dalloz.

1324. — Concluons donc que la bonne ou

¹ T. IV, p. 209.

² D. A., t. X, p. 343, n° 34.

³ D. A., t. X, p. 343, n° 36 et 37.

la mauvaise foi de l'acquéreur est une circonstance décisive, même lorsque le mari provoquera, en qualité d'héritier de la femme, la révocation de l'aliénation du fonds dotal, car, recevable, dans le premier cas, à exiger du mari des dommages-intérêts et à lui opposer la règle *quem de evictione tenet*, etc..., le tiers acquéreur ne pourra, dans le second cas, faire ni l'un ni l'autre.

1525. — La question de bonne ou de mauvaise foi acquiert donc dans tous les cas une importance réelle. La dernière résulte du contrat, lorsque le mari vendant seul a déclaré le caractère de dotalité, ou lorsqu'il a agi comme administrateur de la dot ou mandataire de la femme, enfin lorsque la vente a été consentie par celle-ci soit personnellement et isolément, soit conjointement avec son mari. En l'absence de ces circonstances, le mari pourra-t-il prouver que la dotalité non déclarée a été parfaitement connue par l'acquéreur?

Il importe, pour l'appréciation de cette question, de rappeler que le projet du Code civil contenait une disposition ainsi conçue : Le mari lui-même pourra faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, en demeurant néanmoins sujet aux dommages-intérêts de l'acheteur, *pourceu que celui-ci ait ignoré le vice de l'achat*.

Cette rédaction communiquée au tribunal, il fut objecté : Que ses expressions donnaient lieu à des difficultés, comme l'expérience l'a appris. Comment savoir si l'acquéreur serait ou non en état d'ignorance? Cette preuve ne pouvant se puiser ailleurs que dans l'acte d'acquisition, il a paru préférable de le faire dépendre du contrat même. C'est encore un moyen de détourner le mari du dessein de vendre le bien dotal.

Sur cet avis du tribunal, l'article 1560 fut rédigé tel qu'il se trouve aujourd'hui dans le Code.

De là, on a conclu que la seule preuve de la mauvaise foi de l'acquéreur admissible était celle qui se puiserait dans le contrat lui-même, et que, dans le silence absolu de celui-ci, le mari serait non recevable à prétendre l'établir autrement¹.

L'induction parut en effet plausible. Cependant on doit la repousser, si l'on veut rester fidèle à l'esprit de la loi.

L'acquéreur du fonds dotal n'a pas été vu d'un œil favorable, et l'on s'est très-peu montré jaloux de le favoriser. « Il ne mérite aucun intérêt », disait Portalis, c'est par sa légèreté qu'il se trouve trompé; il doit s'imputer de n'avoir pas pris des renseignements suffisants. D'ail-

leurs il est difficile d'admettre qu'il n'ait pas profité de la nécessité ou de la prodigalité du mari, car celui-ci n'a pu faire qu'une mauvaise affaire. »

Ainsi l'achat de l'immeuble dotal peut n'être, chez celui qui le contracte, qu'une spéculation, qu'une occasion de conclure un excellent marché; comment donc la loi aurait-elle consenti à s'en rendre, en quelque sorte, complice, en laissant l'acquéreur arbitre souverain d'en assurer le sort?

Il est permis, en effet, d'admettre que plus le tiers acquéreur aura connu le danger, et plus il ambitionnera paraître l'avoir ignoré. D'autre part, plus la détresse du mari et la nécessité de vendre seront pressantes, plus il se montrera facile pour la condition qui lui serait faite de garder le silence dans le contrat sur la dotalité de l'objet vendu. Il est bon sans doute de détourner le mari de vendre le bien dotal, mais il est aussi du plus haut intérêt d'en empêcher l'achat; arriverait-on à ce résultat en accordant des dommages-intérêts, devant en définitive rejaillir contre la famille, par cela seul que le mari aurait subi la loi du silence qu'on lui aurait imposée?

A notre avis, ce dont la loi se préoccupe, c'est du fond et non de la forme. Si l'acte met sur la voie de la dotalité, par l'un des moyens déjà indiqués, la preuve de la mauvaise foi est inébranlablement acquise. Dans le silence de l'acte, la bonne foi est présumée, mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire.

Le contraire ne saurait suffisamment résulter d'une discussion législative. Quelque respectable que soit un pareil document, il ne saurait avoir qu'une autorité doctrinale, comme l'observe Troplong, et, sous ce rapport, elle ne supporte pas l'examen.

« Le texte, continue ce savant magistrat, donnerait lieu à une difficulté sérieuse, s'il était explicite; mais le tribunal a heureusement traduit sa pensée par une formule qui n'est pas exclusive et absolument limitative.

« Elle n'est pas limitative. Comparons, en effet, l'article 1560 à l'article 1626. Ce dernier article dit que le vendeur est tenu de droit de garantir l'acheteur de toutes les charges prétendues sur l'immeuble et non déclarées lors de la vente. Notez ce mot : *non déclarées*; n'est-ce pas là une formule pareille à celle de l'article 1560? L'expression n'est-elle pas identique? Eh bien! comment la jurisprudence a-t-elle interprété l'article 1626? A-t-elle repoussé la connaissance extrinsèque? A-t-elle exigé, comme condition

¹ Dalloz, t. X, p. 343, n° 33; Tessier, de la Dot, note 698; Beudot, t. I, n° 267.

sine qua non de l'absence de garantie, la déclaration du vendeur? Pas le moins du monde. Quelle que soit la voie qui a conduit l'acheteur à connaître, lors de la vente, le péril de la chose qu'il a achetée, cette connaissance suffit, on n'en demande pas davantage. On repousse les exigences formalistes et les observations sacramentelles, et l'on dit avec Cicéron : *Ubi iudicium emptoris, ibi fraus venditoris quae potest esse*.

« Si telle est la jurisprudence incontestable, quand il s'agit de l'article 1626, pourquoi suivrait-on une autre route quand on est en face de l'article 1580? Pourquoi le mot *déclarer* serait-il plus sacramentel dans celui-ci que dans celui-là? Pourquoi ne rentrerait-on pas dans le vrai? Pourquoi enfin adjugerait-on des dommages-intérêts à un acheteur de bien dotal qui, sachant ce qu'il faisait, n'a pas éprouvé de préjudice? Est-ce que cet acheteur est si favorable? A-t-on oublié les paroles sévères de Portalis sur son compte? Ne se rappelle-t-on pas qu'il ne mérite aucun intérêt ¹?

Ainsi, et malgré le silence du contrat, nous pensons que le vendeur serait recevable à faire la preuve de la mauvaise foi de l'acheteur, mais nous admettons, avec Delvincourt, que cette preuve doit être littérale. En effet, les principes généraux, en matière de preuve, reçoivent ici leur entière application. Sans doute le titre ne dit rien, il est simplement muet; mais ce silence, dont la foi fait résulter la présomption de bonne foi, est un titre pour l'acquéreur, lequel ne saurait céder que devant la preuve écrite du contraire. D'ailleurs, l'intérêt seul du litige amènerait à cette conséquence.

Mais, comme dans tous les cas et en vertu de l'article 1547, le commencement de preuve suppléerait à la preuve écrite, en rendant la preuve testimoniale admissible.

1326. — De ce que le mari n'est pas tenu de garantir l'acquéreur de mauvaise foi, il ne s'ensuit pas qu'il puisse être dispensé de rendre le prix qu'il aurait reçu. L'inaliénabilité de la dot n'a pas été imaginée pour enrichir le mari, dont l'action n'est reçue pendant le mariage que parce qu'on l'a supposée dirigée dans l'intérêt de la femme et des enfants : *Non in suum, sed tantum in uxoris commodum, contra suum veniens factum* ².

L'obligation pour le mari est absolue, elle résulte de sa seule présence à l'acte. Il importe donc peu qu'il ait vendu seul ou conjointement

avec sa femme. Le fait seul de n'avoir paru au contrat que pour autoriser sa femme déterminerait le même résultat. On suppose, dans ce cas, que la conduite de la femme n'a été que la conséquence de l'autorité du mari, et que celui-ci ayant, *ut potentior*, déterminé le consentement, a réellement touché le prix d'une vente uniquement faite dans son propre intérêt : *Pretium rei dotalis alienata praesumitur ad virum pervenisse* ³. A plus forte raison en serait-il ainsi dans l'hypothèse prévue par l'auteur, à savoir : si le mari et la femme déclaraient avoir reçu conjointement : *Quamvis in instrumento venditionis ambo confluerentur recipere pretium*.

1327. — La femme qui seule a vendu, qui seule a reçu le prix, n'est tenue de restituer que ce dont son patrimoine s'est réellement augmenté. C'est ce qui résulte très-expressément de la disposition de l'article 1312 du Code civil. C'est à celui qui allègue le profit à le prouver, et, à cet égard, il est bon de constater que la preuve que le prix réclamé a été versé dans le ménage ou a servi à payer des dettes personnelles à la femme, ne suffirait pas pour autoriser la restitution. Dans le premier cas, en effet, la femme n'a retiré aucun profit distinct et appréciable; dans le second cas, on ne verrait qu'une aliénation indirecte de la dot pour un motif que la loi n'a pas inscrit au nombre de ceux pour lesquels elle l'autorise quelquefois; il faudrait, pour que la preuve fût utile, qu'on établît que le prix est devenu l'objet d'un placement fait au nom de la femme, en percevant encore les revenus; de l'achat d'un immeuble ou de rente encore en sa possession. Dans l'un comme dans l'autre cas, la femme, ne pouvant retenir et le bien dotal et sa valeur, serait tenue, en reprenant celui-ci, de restituer celle-là, le but de la loi étant la conservation de la dot, et non d'enrichir, même la femme, au détriment de l'équité et de la justice.

1328. — L'obligation pour le mari de restituer le prix reçoit exception lorsqu'en déclarant la dotalité, ou n'assistant au contrat que pour autoriser sa femme, le mari a formellement stipulé qu'il est affranchi de tout recours, de toute garantie. Mais cette exception est elle-même soumise à une condition, à savoir : que le mari ne poursuivra pas lui-même la révocation de l'aliénation. Ainsi, dit Delvincourt, la clause de non-garantie sortirait à effet, si la rescision de la

¹ Troplong, art. 1580, n° 3533. *F* de Delvincourt, t. III, p. 115; Belloz, t. IV, p. 190.

² Voet, l. 6, l. 1, n° 19, de rei venditio.

³ Deloua, de empt., disc. 22, n° 6.

vente était poursuivie par la femme. Si le mari avait lui-même intenté l'action, on devrait l'obliger à restitution, comme tenu de ses faits¹. Cette distinction, on le voit, trouve son fondement dans les articles 1628 et 1629 du Code civil.

1329. — On connaît le motif donné par Justinien à la prohibition d'aliéner le fonds dotal : *Ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiarum earum converteretur*. Ainsi ce que la femme accomplit pendant le mariage est censé le résultat de l'obsession du mari, et de sa propre faiblesse. C'est ce qui explique parfaitement le recours que la loi lui donne contre ses propres actes.

La faculté de provoquer la révocation de la vente qu'elle a faite du fonds dotal lui est notamment conférée par l'article 1560. Mais cette faculté, elle ne peut l'exercer pendant le mariage. Le mari, maître de la dot, a seul toutes les actions s'y rapportant.

1330. — La dissolution du mariage rend à la femme toute sa liberté, et avec elle toutes les actions dont l'exercice peut être indispensable pour assurer la restitution de la dot. Au nombre de ces actions, et au premier rang, se place celle de la révocation de l'aliénation du fonds dotal. La femme peut donc alors librement la poursuivre, sauf les exceptions que nous verrons plus tard lui être opposables.

La séparation de biens, sans dissoudre le mariage, met un terme à ses effets immédiats sur la dot. La femme en reprend la libre possession et jouissance, et, dès lors, elle acquiert le droit d'exercer les actions s'y référant, et de poursuivre les tiers qui en seraient les détenteurs. La séparation de biens produit, quant à ce, un effet analogue à celui résultant de la dissolution.

1331. — Le droit de la femme passe à ses héritiers, mais, comme la femme elle-même, ceux-ci peuvent être déclarés déchus de la faculté de l'exercer. Les exceptions opposables à la femme peuvent être opposées à ses héritiers.

1332. — Quel que soit le demandeur en révocation, que l'acquéreur ait ou non le droit d'exiger la restitution du prix, la rétention préalable de l'immeuble ne saurait être ordonnée. Le bien dotal n'est pas susceptible d'être vendu, il est placé par la loi hors du commerce pendant le mariage. Il suffit donc qu'il soit revendiqué, pour qu'il doive immédiatement rentrer dans les

maines de son propriétaire légitime. Cette volonté expresse de la loi est inconciliable avec la faculté de le retenir jusqu'à restitution du prix, car la conséquence de cette faculté consacrerait, dans bien des cas, son aliénation définitive par l'impuissance dans laquelle les époux se trouveraient d'opérer cette restitution. De plus, ce serait affecter le fonds dotal au paiement des dettes soit du mari, soit de la femme, ce qui est également prohibé par la loi. Ce double motif a fait, avec raison, refuser la faculté de retenir l'immeuble dotal, même jusqu'à ce que les améliorations qui doivent être restituées aient été définitivement fixées².

1333. — La vente du fonds dotal peut-elle devenir la matière d'un cautionnement valable? Cette question a soulevé une vive controverse et profondément divisé les auteurs.

1334. — A la tête de ceux qui soutiennent la négative, nous rencontrons le nom si recommandable de Merlin, émettant son opinion sur l'autorité de Serres et de Dupérier dans l'ancien droit. Et cette indication a été depuis acceptée par tous, comme conforme à la vérité. Seulement ceux qui soutiennent l'avis contraire se sont contentés de reprocher à ces deux jurisconsultes célèbres d'avoir manqué, dans cette circonstance, de l'esprit judicieux qui les distingue dans toutes les occasions.

Mais Serres et Dupérier ne méritent pas ce reproche. Aucun d'eux n'a soutenu l'opinion que leur prête Merlin, ce dont il nous a été facile de nous convaincre en recourant à leurs œuvres.

Serres n'examine pas même notre question. Il est vrai qu'il enseigne que le mari peut, pendant le mariage, faire révoquer l'aliénation du bien dotal qu'il aurait lui-même consentie. Mais il y a loin de cette faculté à la nullité du cautionnement formellement donné par lui ou par tout autre, et l'existence de la première n'est certainement pas inconciliable avec la validité de celui-ci. Accorder l'une ne peut donc être considéré comme l'exclusion de l'autre, sur laquelle d'ailleurs, nous le répétons, Serres est complètement muet.

Il y a plus; tout fait présumer que si Serres eût examiné la question, il l'eût résolue dans un sens contraire à celui que lui prête Merlin. Serres écrivait dans le ressort du parlement de Toulouse. Or, comme l'enseigne Catelau, la jurisprudence de ce parlement admettait la garantie du mari, lorsque cette garantie avait été expressément stipulée.

Il n'en était pas de même du parlement d'Aix, et, quoique un arrêt du 27 juin 1631 eût pro-

¹ T. III, p. 114, note.

² Cass., 12 mai 1840; Limoges, 10 fév. 1844; D. P., 40, 225; 43, 2, 130.

noncé dans le sens de la jurisprudence de Toulouse, l'opinion contraire avait prévalu. C'est ce que Dupérier atteste lui-même. Est-ce à dire qu'il approuvait cette doctrine? Mais, pour l'admettre ainsi, il faut fermer les yeux à l'évidence. Il faut surtout ne pas lire le jugement qu'il en porte lorsqu'il écrit : *C'est une jurisprudence qui m'a toujours paru fort étrange, et de laquelle on ne peut alléguer de raison solide, quoi que le sieur de Saint-Jean en ait dit, car il n'y a point d'exemple, dans tout le droit, qui décharge, des dommages-intérêts de l'éviction, celui qui l'a promise, bien que l'acheteur ait le vice du contrat; comme en la vente d'un bien substitué, ou en celle d'un bien appartenant à autrui, ou d'un fonds d'un pupille, quand le tuteur s'est obligé lui-même aux dommages-intérêts en son propre nom; il en serait de même de l'acheteur d'une chose dérobée, encore qu'il l'eût eu, si le vendeur lui en avait promis les dommages-intérêts en cas d'éviction*¹.

Voilà l'opinion de Dupérier, et certes elle qualifie assez durement la nullité du cautionnement, pour qu'il n'y ait aucun doute sur la manière dont il l'euvisageait. C'est donc par une évidente erreur que Merlin l'a mis au rang des adversaires de sa validité. Il ne pouvait d'ailleurs en être ainsi sans placer ce jurisconsulte dans une contradiction flagrante avec lui-même. Ne vient-il pas de dire, en effet, que la prohibition d'aliéner le bien dotal, *primario spectat utilitatem privatam, secundario publicam; qu'en conséquence sa nullité était purement respectueuse*. Or ce caractère relatif exerce sur la question une influence décisive.

1335. — En effet, qu'une nullité radicale, absolue, uniquement dictée par l'intérêt public, par la morale, par les bonnes mœurs, ne puisse devenir la matière d'un cautionnement, cela se conçoit sans peine. En pareille circonstance, le fait lui-même étant illicite, ne pouvant former la matière d'un engagement principal, ne saurait devenir celle d'un engagement accessoire. La loi, protestant contre le premier, ne cesse pas de protester également contre le second, sa validité ne pouvant amener pour résultat unique que la consécration d'un fait prohibé par la loi. Il est donc évident que ce qui fait proscrire l'obligation doit faire également proscrire le cautionnement.

Il ne saurait en être de même pour la nullité

relative. Le fait qui la motive n'est pas absolument incompatible avec l'intérêt public, avec la morale ou les bonnes mœurs. Sa prohibition a sa principale origine dans la position particulière d'une des parties, qui demeure l'arbitre souverain du sort futur de la convention. Le silence qu'elle s'imposera est un fait licite, dès lors aussi la garantie qu'on promet n'est plus que l'obligation de faire garder ce silence. Elle a donc pour objet un fait si peu condamné par la loi, qu'elle le consacre elle-même, en permettant que la vente du bien dotal soit ratifiée expressément ou tacitement. Cautionner cette vente, c'est promettre cette ratification et conséquemment souscrire une obligation que rien ne défend.

Ces conséquences du caractère de la nullité devaient saisir les éminents jurisconsultes qui nous ont devancé et qui sont restés nos maîtres. Elles devaient les conduire à proclamer la validité du cautionnement donné à la vente du bien dotal. Ce que la loi voulait, c'était la conservation de la dot; mais le principe admis, son application était laissée à l'arbitrage de la partie en faveur de laquelle la prohibition était plus particulièrement édictée. Le cautionnement ne faisait aucun obstacle à ce que le bien dotal fut intégralement restitué; qu'importait donc à l'ordre public que le cas de restitution arrivant, des tiers qui s'y étaient volontairement et librement soumis fussent tenus à des dommages-intérêts? Du tiers à l'acheteur il n'existe aucun empêchement, ni quant à la capacité des personnes, ni quant à la disponibilité des biens².

1336. — Sous l'empire du Code civil, l'aliénation du fonds dotal n'ayant pas cessé d'être, dans ses causes et dans ses effets, ce qu'elle était sous l'ancien droit, on ne saurait consacrer, pour ce qui concerne le cautionnement, une doctrine différente de celle que nous venons d'exposer. Les raisons que Merlin donne pour établir le contraire sont loin d'être concluantes.

Merlin, en effet, les puise exclusivement dans la discussion législative que l'article 1560, et notamment la faculté pour le mari de faire révoquer lui-même la vente du bien dotal, suscita dans le sein du conseil d'État. Il rappelle que cette faculté fut surtout déterminée par l'observation de Malleville que la vente, étant radicalement nulle, ne pouvait être opposée à personne.

Remarquons cependant que le doute ne s'éle-

¹ Dupérier, *Maximes de droit*, liv. V, t. I, p. 325.

² Voy. Lebrun, de la Communauté, l. II, ch. III, sect. IV, n° 29; Catelet, l. 3, c. 7, t. II, p. 235; Dupin sur Ferron,

Let. E, n° 52; Lavignerie, v° Garantie, art. 3; deux arrêts du parlement de Bordeaux, des années 1725 et 1727; du parlement de Toulouse, du 20 mars 1776.

vait pas sur la question de savoir si cette faculté devait ou non être conférée au mari. La principale difficulté avait trait aux effets légaux de la révocation. Le mari devait-il être condamné à des dommages-intérêts, dans le cas même où l'acheteur avait connu laotalité? Ainsi le voulait Pelet, car, disait-il, le tiers peut acheter dans la persuasion que la vente se réduirait pour lui en des dommages-intérêts. Mais l'article 1360 nous apprend que cette opinion fut repoussée.

Il résulte de là que la vente du fonds dotal n'entraîne légalement aucune garantie, lorsque le contrat prouve que l'acheteur a connu ou pu connaître le vice de la chose. Mais, de cette absence de garantie légale, faut-il conclure à la nullité de celle conventionnellement stipulée? C'est là ce que les débats législatifs n'autorisent pas de faire, car ils sont complètement muets sur celle-ci.

Nous avouons cependant que cette conclusion serait rationnelle et forcée, si la nullité de la vente était radicale et absolue. Mais c'est ce que nous contestons avec la raison et la loi elle-même.

La prohibition de l'aliénation du fonds dotal est un statut purement réel. Il résulte de là que les époux, consentant cette aliénation, n'excèdent pas leur capacité. Ainsi, dit Troplong, considérée en soi, la femme mariée sous le régime dotal n'est pas plus incapable de vendre son immeuble que la femme mariée sous le régime de la communauté.

Ce qui fait que l'aliénation ne vaut pas, *non ratet*, c'est que l'immeuble est temporairement frappé d'indisponibilité, non pas certes en vertu du droit naturel, mais par suite d'une loi purement arbitraire, dont le fondement est d'abord l'intérêt de la femme et des enfants; l'intérêt public n'est que sur le second plan; il n'existe, en effet, que lorsque l'intérêt privé, passant de l'individu à la famille, acquiert les proportions d'un intérêt général.

Mais la faveur que la loi accorde à un point de vue général n'en reste pas moins, au point de vue de chaque personnalité, une faveur purement privée, à laquelle chacun peut renoncer, au gré de ses convenances ou de son utilité. Renfermée dans ces limites, cette renonciation ne met en péril ni l'intérêt général, ni l'ordre public. Il est vrai que, même dans ces termes, la loi ne la consacre pas, mais elle la tolère tant qu'il plaît à la partie intéressée de la respecter. Elle fait plus encore, elle en impose l'exécution dans certains cas, preuve évidente qu'au fond

même de l'aliénation du bien dotal, il y a une obligation naturelle dont il faut tenir compte.

N'est-ce pas cette obligation naturelle qui permet à la femme ou à ses héritiers de ratifier expressément en temps licite? N'est-ce pas elle qui fait déduire cette ratification de l'exécution donnée à la vente après la dissolution du mariage? N'est-ce pas elle, enfin, qui rend la vente inattaquable par dix ans d'inaction et de silence à partir de cette dissolution? Tout cela est-il conciliable avec l'idée d'une nullité radicale et absolue? Supposons une obligation illicite ou immorale, par exemple un contrat usuraire ou une association de délits, est-ce qu'on pourra la ratifier expressément ou tacitement? Est-ce qu'elle pourra jamais acquérir un lien obligatoire par le silence ou l'exécution plus ou moins prolongée? Si tout cela se réalise pour la vente du bien dotal, c'est donc que cette vente n'est ni immorale, ni illicite, et que, dès lors, la nullité, quoique de droit, n'est ni radicale, ni absolue.

1337. — Notre conclusion est plutôt renforcée que détruite par la discussion au conseil d'État. En effet, l'article 1360 avait été primitivement rédigé en ces termes : Si, hors les cas d'exceptions qui viennent d'être expliqués, la femme ou le mari, ou tous les deux conjointement, aliènent le fonds dotal, l'aliénation sera *radicalement nulle*. C'est précisément ce qui faisait dire à de Malleville qu'une vente, ainsi qualifiée, ne pouvait être *opposée à personne, car elle n'existait pas*.

Mais cette rédaction communiquée au tribunal, celui-ci demanda et obtint la suppression de ces mots : *sera radicalement nulle*. Il fit observer qu'ils n'ajoutaient rien à la nullité légale, et que des difficultés pourraient naître sur son interprétation; l'effet de la nullité est assez déterminé dans la rédaction proposée par la faculté de révoquer l'aliénation¹.

Or, il s'en faut que la faculté donnée au mari par l'article 1360 exige que la nullité soit considérée comme radicale et absolue. A côté de la qualité de vendeur, existe pour le mari celle d'époux, celle de père. L'action qu'on eût dû refuser à la première était impérieusement commandée par les deux dernières, et c'est en l'une d'elles que le mari est censé agir dans l'action en revendication du bien dotal. Rappelons-nous ce que Voet nous disait naguère à ce sujet : *Non in suum, sed tantum in uxoris commodum, contra suum veniens factum*.

¹ Feuet, t. XIII, p. 619.

Ainsi, la nullité est purement relative, et de là nous tirons cette conséquence : que la vente du fonds dotal, renfermant une obligation morale, un lien naturel, est susceptible d'être valablement cautionnée. Ce n'est qu'en lui donnant un caractère absolu et radical qu'on a soutenu que la nullité de l'aliénation entraînait celle de toutes les obligations accessoires. Zacharie seul admet cette dernière, tout en reconnaissant le caractère relatif de l'autre ¹, mais cette opinion manque évidemment de logique. Elle est, de plus, formellement contredite par l'auteur lui-même, admettant, quelques pages plus bas, la validité du cautionnement de la femme ².

1338. — La jurisprudence se prononce pour le cautionnement, soit en déclarant en principe que la nullité est relative, soit en validant les engagements pris à cet effet. Ainsi, un arrêt de la cour de cassation, du 5 août 1825, a déclaré que le cautionnement, donné à l'aliénation du bien dotal par les enfants de la vendeuse, devait sortir à effet. C'est ce qu'avait jugé la cour de Bordeaux ; c'est ce que juge la cour suprême, en rejetant le pourvoi.

Ce qui a été jugé dans cette espèce contre les enfants a été décidé contre le mari par arrêt de la cour de Grenoble, du 16 février 1847 ³.

1339. — Ce qui est admis contre le mari et les enfants le serait inévitablement contre les tiers. Devrait-il l'être également contre la femme ?

Ici encore le caractère relatif de la nullité doit exercer l'influence la plus décisive. La vente n'est certainement annulée qu'à cause de l'indisponibilité de l'immeuble aliéné. Supposez que cette indisponibilité n'existât pas, la vente sortirait à effet, si d'ailleurs elle était irréprochable sous le rapport de la capacité personnelle des parties. Or, c'est ce qui arrive lorsque la femme, dûment autorisée, traite de ses paraphernaux.

Conséquemment, si la vente du bien dotal peut être valablement cautionnée, si les paraphernaux, pouvant être aliénés, peuvent être engagés, on ne voit pas les motifs qui porteraient à faire annuler le cautionnement donné par la femme.

En effet, dit Duranton, si une femme dûment autorisée s'était portée fort de faire avoir à Paul la maison de Jean, elle serait bien tenue d'après

l'article 1120, au cas où Jean ne voudrait pas ratifier son engagement, et cependant elle ne pouvait pas plus disposer de la chose d'autrui que de son immeuble dotal. Nous avons vu plus haut que la vente du fonds dotal est bien nulle sous le rapport de l'aliénation, mais non pas en ce sens que cette vente ne puisse être la matière d'un cautionnement. La loi n'avait aucune raison de le vouloir ainsi ; pourquoi donc la femme ne pourrait-elle se cautionner en quelque sorte elle-même à cet égard par une promesse de garantie ? Elle n'aliénera pas, encore une fois, son immeuble dotal ; elle s'obligera seulement sur ses paraphernaux, et le Code ne le défend pas, loin de là ⁴.

Cette opinion a été consacrée par la cour de cassation le 3 mai 1818, par la cour de Grenoble le 16 janvier 1828. L'un et l'autre de ces arrêts constatent que la promesse de garantie, formellement stipulée par la femme, n'empêche pas de poursuivre la révocation de l'aliénation du bien dotal, mais qu'elle oblige la femme sur ses biens paraphernaux.

L'opinion contraire a cependant été, depuis, consacrée par un arrêt de la cour de Limoges, du 10 février 1844 ⁵ ; mais ce qui enlève à cet arrêt toute autorité juridique, c'est qu'il considère, comme radicale et absolue, la nullité de la vente du fonds dotal, et qu'il n'admet celle du cautionnement que comme une conséquence de ce caractère. Or, nous avons prouvé que c'est là une erreur évidente qui, seule, doit faire proscrire le système dont elle est l'unique fondement.

1340. — Nous compléterions notre démonstration sur ce point en transcrivant un arrêt de la cour d'Aix encore inédit, et qui nous paraît avoir fait une saine et remarquable appréciation des véritables principes. Cet arrêt, rendu le 9 juillet 1849, s'exprime en ces termes :

« Considérant que si, aux termes de l'article 1554 du Code civil, la vente du bien dotal est nulle, cette vente n'est ni immorale, ni contraire à l'ordre public, ni d'un objet placé hors du commerce ;

« Que, d'après l'article 1560 du même Code, la femme a seulement la faculté de faire révoquer cette aliénation ; qu'elle peut, après la séparation de corps ou la dissolution du mariage, renoncer à cette faculté, soit expressément,

¹ T. III, p. 579.

² Voyez, pour la validité du cautionnement, Duranton, t. XV, p. 325 ; Dupont-Laville, quest. D. P., t. III, p. 63 ; Tessier, t. II, notes 639, 691 ; Rodière et Pont, t. II, p. 437, n^o 588 et 592 ; Troplong, *Contrat de mariage*, art. 1354 et 1360, et du *Cautionnement*, n^o 87 ; Ponsol, *Cautionnement*, n^o 33 ; Bellot, t. IV, p. 200.

³ Sirey, 48, 2, 33.

⁴ T. XV, n^o 550 ; voy. Rodière et Pont, t. II, n^o 492 ; Toullier, t. V, p. 355 ; Tessier, t. II, p. 6 et suiv. ; Zacharie, t. III, p. 581.

⁵ D. P., 45, 2, 150.

ment, en ratifiant; soit tacitement, en exécutant d'une manière complète le contrat;

« Que même son droit peut être atteint par la prescription, si elle ne réalise pas son action dans le délai de la loi;

« Que, d'autre part, les tiers qui ont contracté avec elle ne peuvent invoquer la nullité de la vente;

« D'où il suit qu'il ne s'agit là que d'une nullité relative, susceptible d'être valablement garantie, exemple l'article 2012 du Code civil;

« Qu'on peut dire qu'il y a, dans le contrat, deux obligations distinctes : l'une principale, susceptible d'être annulée; l'autre secondaire, parfaitement valable et devant sortir à effet;

« Que ces principes ne sont plus aujourd'hui sérieusement contestables; que leur conséquence immédiate est de repousser l'application des articles 1131 et 1133 du Code civil;

« Considérant que si la vente d'un immeuble dotal peut être valablement garantie par des tiers, par le mari lui-même; que si, d'autre part, la femme peut aussi valablement garantir sur ses paraphernaux, l'obligation annulable d'un tiers ou de son mari, on ne comprend pas comment elle ne pourrait pas garantir, sur ces mêmes biens, son obligation personnelle et naturelle;

« Qu'il est certain que la femme mariée, même dotalement, n'est pas incapable et peut, avec l'autorisation de son mari, contracter toute espèce d'obligation; qu'elle a aussi la libre disposition de ses paraphernaux. Si donc elle peut en disposer d'une manière directe et même en abuser, il ne peut lui être prohibé d'en disposer d'une manière indirecte, en les soumettant à l'exécution d'une obligation annulable, par elle contractée;

« Qu'aucun texte de loi ne prohibe une pareille stipulation;

« Considérant que, par sa promesse de garantie, la femme ne confirme pas, d'une manière définitive, son aliénation; qu'elle ne renonce pas à son droit de révocation; que, par conséquent, elle ne rend pas illusoire les dispositions des articles 1551 et 1560 du Code civil, puisque, malgré cette garantie, elle peut toujours reprendre son bien dotal; seulement, prévoyant le cas où elle usera de ce droit, elle s'oblige à garantir sur ses paraphernaux, dont elle a la libre disposition; le principe de conservation de la dot est donc parfaitement respecté;

« Considérant qu'on a soutenu à tort que l'obligation sur les paraphernaux, pouvant résulter contre la dot, devait être annulée; car

une action ne réfléchit contre une personne ou une chose que lorsque cette chose ou cette personne se trouve par là obligée; or, dans l'espèce, la dot n'a jamais été obligée ni engagée; elle rentre, au contraire, dans les mains de la femme ou de ses héritiers entière, franche et libre de toute charge;

« Qu'on soutient, plus vainement encore, que la femme qui vend son bien dotal sans en faire connaître la nature, n'étant pas tenue de la garantie légale de tout vendeur, ne peut, par voie de conséquences, se soumettre à la garantie conventionnelle;

« Ce principe, qu'on veut faire découler, par un argument *a contrario*, du paragraphe de l'article 1560, est fort contestable en lui-même, et la conclusion qu'on en tire n'est ni logique, ni exacte;

« Pourquoi la garantie expresse et formelle de la femme ne sortirait-elle pas à effet? C'est, dit-on, parce qu'on suppose la femme subjuguée par la puissance maritale; mais alors il faudrait annuler, par le même motif, tous les engagements contractés par elle, même sur ses paraphernaux, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il y aurait abus de pouvoir, et le consentement serait vicié par défaut de liberté; or, cela n'existe pas au procès actuel;

« S'il était vrai que la femme ne dût pas, de plein droit, de dommages-intérêts à son acquéreur, ce serait uniquement pour punir la faute de celui-ci, qui, en traitant avec une femme mariée de la vente d'un immeuble, a négligé de se faire représenter le contrat de mariage ou de rechercher l'origine et la nature du bien vendu; dans ce cas, on lui reprocherait, à bon droit sans doute, de n'avoir pas exigé des garanties; il doit donc en être autrement quand la dotalité a été connue, et qu'à cause du danger d'éviction, l'acquéreur a réclamé et obtenu de la femme une garantie sur ses biens libres. »

1341. — On a agité la question de savoir si les époux vendant, comme libres, le bien dotal, peuvent être considérés et punis comme stellionataires. La négative nous paraît résulter de la disposition de l'article 1560 du Code civil.

Cet article forme une législation spéciale, quant à la vente du bien dotal. Il la soustrait donc aux principes généraux en matière de vente ou d'hypothèque du bien d'autrui, et cela avec d'autant plus de raison, qu'il y a une antinomie parfaite entre ses dispositions et ces mêmes principes généraux.

Ainsi, comment soutenir que la femme, ayant dissimulé la dotalité du fonds aliéné ou hypo-

théqué, pourra, comme stellionataire, être condamnée à des dommages-intérêts, avec contrainte par corps, elle que l'article 1560 déclare, dans ce même cas, n'être passible d'aucuns dommages-intérêts ?

Sans doute il n'en est pas de même du mari ; il est tenu à des dommages-intérêts, s'il a laissé ignorer la totalité ; mais c'est là l'unique peine qu'il encourt. On ne saurait donc lui en appliquer une autre, et cela avec d'autant plus de raison, que l'acte qu'il commet, en vendant comme sien le bien dotal, ne constitue pas, à proprement parler, un véritable stellionat.

En effet, observe Trolong, le mari est le maître de la dot, *dominus dotis* ; il a, sur les biens la composant, un droit d'administration tellement absolu, qu'on peut l'assimiler à une copropriété. N'est-ce pas en vue de cette copropriété qu'il est admis à revendiquer seul pendant le mariage ? qu'il perçoit les fruits à son profit ?

La disposition qu'il en fait n'est donc pas, à proprement parler, la disposition de la chose d'autrui, et, quelque puissante que soit l'assimilation, il ne peut en être admis aucune en matière de stellionat. Une peine ne peut être encourue que dans les limites strictes, déterminées par la loi.

D'ailleurs, prononcer la contrainte par corps en matière de vente ou d'hypothèque du bien dotal, ce serait aller contre l'intention formelle du législateur et créer des engagements qui réfléchirait contre la dot. En effet, celle-ci est aliénable pour tirer l'époux de prison ; conséquemment, si son aliénation par celui-ci faisait prononcer l'emprisonnement, l'exécution du jugement nécessiterait une aliénation légale. De cette manière, la dot se trouverait indirectement atteinte par un acte auquel l'article 1560 a voulu refuser tout effet légal.

Ainsi, l'unique réparation due à l'acquéreur trompé sur la nature de la chose vendue est celle édictée par l'article 1560. C'est ce que la cour de Toulouse a expressément décidé le 22 décembre 1854.

1342. — L'action en révocation de la vente de l'immeuble dotal ne peut, durant le mariage, être exercée que par le mari ; elle n'appartient à la femme que du jour de sa dissolution ou de la séparation de biens. Les créanciers de l'un ou de l'autre sont-ils recevables à la faire valoir ?

Aucun doute ne peut s'élever à l'égard des créanciers du mari. C'est comme chef du ménage

qu'il est surtout autorisé à agir, et cette qualité, éminemment personnelle, ne peut être, dans aucun cas, revendiquée par qui que ce soit.

Il n'en est pas de même des créanciers de la femme. Aussi a-t-on soutenu, d'une part, qu'à défaut de poursuites de sa part, ses créanciers sont recevables à faire révoquer l'aliénation dans tous les cas, en tant cependant que leurs droits seraient de nature à être exercés sur la dot¹ ; d'autre part, on a distingué et enseigné que la prétention des créanciers devrait être admise ou repoussée, selon que la femme paraît ou non obligée en conscience à respecter l'aliénation².

S'il fallait opter entre ces deux opinions, nous n'hésiterions pas à adopter cette dernière. Mais il en est une autre qui nous paraît préférable, c'est celle qui refuse aux créanciers le droit d'intenter l'action.

Il suffit, à nos yeux, que l'aliénation du bien dotal crée une obligation naturelle, un lien moral, pour qu'on doive reconnaître à la femme seule le droit d'en mesurer la portée et de la respecter dès qu'elle s'y croit obligée. Ce droit nous paraît, d'ailleurs, la conséquence directe de la faculté de ratifier, qui ne lui a jamais été contestée.

L'obligation naturelle existe surtout lorsque la femme a retiré un profit quelconque du prix du bien dotal. Ce profit a pu se réaliser dans le cas de vente par le mari seul, si le prix qu'il en a retiré, réellement versé dans le ménage, en a défrayé les besoins et assuré le bien-être. Sans doute ce profit n'est pas celui que la loi entend pour mettre la restitution du prix à la charge de la femme, mais, dans le for intérieur, la femme est obligée. Doit-on, lorsque, obéissant à un sentiment de justice, elle veut conformer ses actions aux inspirations de sa conscience, lui faire un devoir d'en agir autrement ?

De quoi, d'ailleurs, peuvent se plaindre les créanciers ? S'ils ont acquis cette qualité durant le mariage, le bien dotal ne leur a jamais été affecté ; on ne leur permettra pas même de l'exécuter après la dissolution. Que leur importe donc l'inaction de la femme ?

S'ils ont traité avec la femme depuis sa viduité, la prétendue libéralité qu'ils verraient dans l'abandon de l'action en révocation ne leur préjudicie nullement, en ce sens qu'ils n'ont pu raisonnablement compter sur un bien que leur débitrice ne possédait pas au moment où elle prenait cette qualité. Ils seraient, de plus, non

¹ Contrat de mariage, nos 3007, 3098, 3539.

² Zacharie, t. III, p. 379, note 12.

³ Rodière et Pont, t. II, p. 453, n° 385.

recevables à prétendre qu'elle a été faite en fraude de leurs droits. On peut donc, sans crainte, les maintenir dans un état de choses qu'ils ont volontairement accepté.

Singulière moralité d'un système qui ne permettrait pas à une femme pieuse, dévouée à la mémoire de son mari, de l'honorer encore après sa mort en cachant la fraude qu'il a commise ! qui lui ferait, au contraire, un devoir de publier sa turpitude et de souiller sa tombe par le scandale d'un pareil procès ! d'imposer, enfin, à des héritiers qui peuvent être ses propres enfants, et une flétrissure morale et la charge de restituer un prix dont elle a partagé le bénéfice et dont, en conscience, elle se considère comme codébitrice ! Non, la loi n'a pu autoriser ni moins encore commander une pareille conduite, et voilà pourquoi, reculant devant son immoralité, nous ne reconnaissons pas aux créanciers le droit de la contraindre, sous peine d'intervenir eux-mêmes.

D'ailleurs, la femme qui se tait se reconnaît liée par un devoir de conscience. Est-ce qu'en matière pareille elle n'est pas le juge seul compétent pour le décider ? Sa décision doit donc être acceptée par tous ; nul ne peut être autorisé à rompre le silence qu'un sentiment d'honneur, de pitié, de justice lui fait garder.

1343. — L'action de la femme passe à ses héritiers, et ce que nous refusons aux créanciers de la femme, nous l'accordons aux créanciers de ceux-ci. Ils pourront donc exercer l'action que les héritiers négligeraient de faire valoir. Alors, en effet, il n'y a plus de biens indisponibles au regard de certains créanciers ; quels qu'ils aient été, ces biens, arrivant entre les mains de l'héritier, deviennent, indistinctement, le gage des créanciers, alors même que leurs titres seraient antérieurs au décès de la femme. L'éventualité d'un héritage profite aux créanciers qui ont pu l'entrevoir et y compter, car c'était là une chance qui devait se réaliser sans que l'héritier eût personnellement à la déterminer.

1344. — Cependant cette règle reçoit exception, notamment : 1^o Si les héritiers de la femme avaient eux-mêmes acquis le bien dotal. Il est évident qu'on ne saurait leur imposer l'obligation de se faire un procès à eux-mêmes, et surtout qu'en ne le faisant pas, ils ne se rendent pas coupables d'une fraude contre les droits de leurs créanciers. Ceux-ci ne trouveraient à étayer leur demande ni sur l'article 1166, ni sur l'article 1167 ; ils seraient donc non recevables à l'intenter.

2^o Si les héritiers de la femme étaient également les héritiers du mari. Mais cette exception est subordonnée à la condition que le mari serait tenu à garantie. En effet, l'existence de cette obligation ferait surgir contre les héritiers l'application de la maxime : *Quem de evictione tenet actia, eundem agentem, repellit exceptio*. Dans ce cas encore, les créanciers, ne pouvant agir que comme les ayants cause de leurs débiteurs, subiraient, comme ceux-ci, l'effet de cette fin de non-recevoir péremptoire.

Indépendamment de ces exceptions personnelles aux héritiers, ceux-ci ou leurs créanciers pourraient être écartés par celles opposables à la femme elle-même. Celles-ci sont, on le sait, la ratification et la prescription.

1345. — La ratification, pour être utilement opposable, doit avoir été donnée à une époque où le fait déterminant le vice de l'acte a complètement disparu et où, par conséquent, les parties seraient toutes libres de contracter. Or, cette époque pour le vice de dotalité ne peut être que celle de la dissolution du mariage ; elle seule, en effet, fait disparaître l'indisponibilité du bien qui en est affecté. La séparation de biens change le régime matrimonial, quant à la jouissance des biens dotaux qu'elle confère à la femme, mais elle n'affecte en rien le caractère des biens. Ce qui était inaliénable avant la séparation reste inaliénable après. Toute disposition qui en serait faite continue donc d'être interdite. À ce titre, la ratification expresse ou tacite resterait sans effet.

La ratification donnée en temps opportun ne serait susceptible d'aucune difficulté, si elle était expresse. L'article 1338, qui en détermine les conditions, en règle les effets.

1346. — Il n'en est pas de même de la ratification tacite : elle résulte de l'exécution donnée à l'acte, et la nature de cette exécution est dans le cas de soulever des doutes sérieux. On s'est, entre autres, demandé si la réception par la femme, depuis la dissolution du mariage, des intérêts échus du prix de l'aliénation constituerait une ratification valable.

Nous avons dit ailleurs que, dans les actes constitutifs de la ratification tacite, on devait exiger la réunion, autant que possible, des caractères prescrits à la ratification expresse, à savoir : qu'ils impliquassent la connaissance du vice et l'intention de le purger¹. C'est par application de cette règle que nous résoudrons la difficulté proposée.

¹ Voy. *supra*, n^{os} 395.

Nous distinguerons donc le cas où l'aliénation a été consentie par la femme, soit séparément, soit conjointement avec son mari, du cas où l'aliénation procède du mari seul.

Dans le premier, la femme n'a pu ignorer ni la nature, ni la cause du paiement qui lui est offert. Son droit de refuser est incontestable, puisque la dissolution lui a conféré l'action en nullité de l'aliénation, et ce droit, elle l'exercera si son intention est de poursuivre cette nullité. A quoi bon, en effet, exécuter un contrat dont elle entend se délier, qu'elle doit considérer comme n'existant plus et ne devant produire aucun effet ? Si, au lieu de refuser, elle accepte, on ne peut voir là qu'une exécution volontairement et librement donnée à un contrat dont elle connaît parfaitement le vice, dont cette exécution le purge suffisamment. Dirait-elle qu'elle n'en a reçu que les revenus de l'immeuble ? Mais une pareille excuse ne serait pas acceptable de la part de celle qui connaît la vente dont cet immeuble a été l'objet et à laquelle elle a participé, si elle ne l'a pas consentie seule.

Dans la seconde hypothèse, la femme a pu ignorer la vente faite par le mari seul. Le fait unique d'avoir accepté l'intérêt du prix spontanément offert par l'acquéreur pourrait ne pas paraître une ratification valable. Les faits et circonstances au milieu desquels ce paiement a été effectué, son époque plus ou moins rapprochée du décès du mari, peuvent être utilement consultés et devenir des éléments essentiels de l'appréciation que la loi laisse à la prudence et aux lumières des juges.

Mais la ratification résulterait infailliblement des paiements gémés, successivement reçus par la veuve. L'erreur, possible lors d'un premier, ne saurait être admise pour un second, pour un troisième, car l'intervalle qui s'est écoulé entre l'un et l'autre a laissé à la femme le temps nécessaire pour s'instruire de ce qu'est devenu sa dot et de connaître, par conséquent, la disposition illicite qu'en avait faite le mari. Dès lors, aussi, reviennent les considérations exposées dans la première hypothèse. Le paiement accepté en connaissance du vice ne peut être considéré que comme la volonté formelle de purger celui-ci.

Il en serait à plus forte raison ainsi, même dans le cas d'un paiement unique, si ce paiement n'avait été effectué qu'à la suite de poursuites exercées pour le déterminer. L'existence de ces poursuites enlève toute équivoque sur l'intention de la partie qui les a dirigées. On mentirait à l'évidence si on ne les considérait pas comme

une exécution volontaire et formelle du titre, et, par conséquent, comme constituant une ratification incontestable.

1347. — Les actes de ratification, personnels à la femme, sont opposables à ses héritiers. De plus, et comme la femme elle-même, ceux-ci peuvent ratifier de leur chef. Leur poursuite peut être écartée par les actes d'exécution auxquels ils se seraient livrés depuis la mort de leur auteur, tout comme par la ratification expresse qu'ils auraient consentie.

1348. — La prescription constitue une autre fin de non-recevoir opposable à la femme et à ses héritiers, mais elle ne peut courir pendant la durée du mariage. Cette règle n'est pas seulement la conséquence de l'inaliénabilité du fonds dotal, elle tient surtout à cette circonstance que, pendant que le mariage existe, la femme est dans l'impuissance d'exercer les actions concernant la dot. Cette impuissance a dû lui faire appliquer la maxime *contra non valentem agere non currit prescriptio*.

Cette impuissance venant à disparaître entraîne avec elle l'imprescriptibilité. C'est ainsi que l'article 1361 déclare que les biens dotaux sont prescriptibles après la séparation de biens. Par cette séparation, la femme acquiert l'exercice de ses actions. Elle peut donc agir, et si elle ne le fait, elle se constitue en état de négligence susceptible d'éteindre son action, si elle se prolonge assez pour que la prescription soit acquise.

Toutefois l'article 1361 ne doit point être isolé de l'article 2256. La loi n'oblige la femme à agir que lorsqu'elle le peut matériellement et moralement. Cette liberté morale n'existe pas lorsque l'action de la femme doit avoir pour résultat un recours contre le mari. Conséquemment, le législateur dispense, dans ce dernier cas, la femme d'agir, et cette dispense empêche la prescription de courir.

Or, aux termes de l'article 1360, le mari est tenu des dommages-intérêts lorsque le caractère de dotalité a été dissimulé à l'acquéreur. Conséquemment la femme séparée de biens n'est tenue de demander la révocation qu'en tant que l'acquéreur a connu le vice du contrat. Dans ce cas, la prescription court à partir de la séparation ; dans tous les autres cas, du jour de la dissolution du mariage seulement.

1349. — Ce point de départ ainsi posé, quelle est la durée du temps requis pour prescrire ? Ici encore il faut distinguer si l'aliénation est le fait unique du mari, ou si elle a été consentie par la femme, conjointement ou séparément.

La vente à laquelle la femme a participé constitue un acte annulable. Elle est donc régie, quant à la prescription, par l'article 1301 du Code civil. L'action est donc éteinte par le laps de dix ans, à partir du moment où l'obligation d'agir a été imposée à la femme, suivant les règles que nous venons de tracer.

La vente consentie par le mari a été faite sans droit réel à la propriété. Il s'agit donc, pour l'acquéreur, d'acquiescer cette propriété, et, on le sait, la durée de la prescription, à cet effet, est ordinairement de trente ans.

Done, l'acquéreur, traitant avec le mari seul, ne prescrira que par trente ans, en supposant, toutefois, qu'il ait connu le vice de la chose. En effet, si le mari a vendu l'immeuble dotal comme sien, si l'acquéreur a été de bonne foi, l'existence de celle-ci et du juste titre permettra au tiers d'invoquer la prescription de dix ou de vingt ans¹.

1330. — La fraude ayant pour objet de porter atteinte à la liberté individuelle ou de dissimuler une incapacité, est une fraude à une loi d'ordre public et d'intérêt général; elle ne saurait, dès lors, produire aucun effet. Quelle que soit la cause apparente du contrat, son annulation est une conséquence inévitable de la constatation du caractère illégal ou illicite de sa véritable cause.

1331. — C'est là un principe qui n'est pas contestable, qui n'a jamais été contesté, mais son application suscitera des difficultés. Le demandeur, s'il a été partie en l'acte, se trouvera en présence de diverses fins de non-recevoir. On lui opposera notamment la foi due à l'acte régulier, la prohibition de toute preuve testimoniale outre et contre son contenu, prohibition bien plus étroite contre celui qui, complice de la fraude qu'il dénonce, vient en définitive exciper de sa propre turpitude.

Mais, nous l'avons déjà dit, ces difficultés sont de nature à être tranchées par le caractère de la fraude qu'il s'agit de réprimer. Il est permis à chacun de renoncer à un avantage personnel résultant d'une loi positive, mais personne ne peut se placer au-dessus d'une loi prohibitive, en suspendre ou en détruire les effets, ni se soustraire à des prescriptions sanctionnées dans un intérêt général, ou par des motifs commandés par l'ordre public, la morale et les bonnes mœurs. Toute tentative dans ce but est condamnée à une impuissance absolue, et le con-

trat la renfermant ne contient aucun lien légal, même à l'endroit des parties l'ayant consenti. Nous en avons déjà offert quelques exemples en parlant des contrats usuraires, de ceux ayant pour objet de se soumettre à la contrainte par corps hors des cas expressément prévus par la loi. Nous pourrions en citer beaucoup d'autres, nous nous contenterons d'en rappeler quelques-uns, parce que les hypothèses les constituant peuvent plus souvent s'offrir à l'appréciation des tribunaux.

1332. — La promesse de mariage, en tant qu'elle a pour objet de contraindre à sa célébration, est réprouvée par la loi d'une manière absolue. Son inexécution pure et simple ne saurait donc devenir la matière même d'une action en dommages-intérêts. Cette doctrine n'est pas universellement admise, et de nombreux arrêts ont décidé le contraire². Mais ces arrêts ne me paraissent pas juridiques. En principe, l'exécution d'une promesse de mariage ne pouvant être exigée, celui qui la refuse ne fait qu'user d'un droit que la loi lui reconnaît formellement. Comment donc trouver dans l'exercice d'un droit la matière d'une adjudication de dommages-intérêts?

Nous n'accorderions ces dommages-intérêts que lorsque la rupture de l'engagement a réellement causé un préjudice matériel ou moral à la partie délaissée; par exemple, s'il s'est écoulé un temps considérable dans les préparatifs du mariage; si les fréquentations ont amené une grossesse; si les causes de la rupture publiquement dévoilées sont injurieuses ou diffamatoires, ou de nature à mettre obstacle à un nouvel établissement; si des frais en préparatifs de noces, en contrats de mariage, ont eu lieu. Il est évident, dans tous ces cas, qu'une indemnité est due. Mais l'origine de cette obligation réside alors légalement dans le préjudice volontairement causé, et dont la réparation est commandée par l'article 1382 du Code civil.

L'exception *facti sed jure facti* légitime bien le refus de célébrer le mariage, mais elle ne pourrait dispenser de l'obligation de réparer le préjudice qui eût été épargné si la volonté du refusant se fût manifestée en temps opportun, et surtout avant que des faits graves, comme une grossesse, pussent lui être reprochés.

1333. — L'illégalité de la promesse de mariage entraîne de plein droit celle de toutes les clauses accessoires, destinées à en forcer l'exécution, notamment la clause pénale par laquelle

¹ Tessier, t. II, p. 110 et 111; Troplong, art. 1364, nos 3383, 3384.

² Voy. Dalloz, *Dict. général*, v. *Promesse de mariage*, nos 13 et suiv.

on s'est engagé, à défaut du mariage promis, de payer une somme d'argent plus ou moins importante.

Les dédits, en cas de rupture, sont entachés d'immoralité; indépendamment du lien qui en résulterait et qui créerait un obstacle à la liberté individuelle, ils pourraient faciliter de honteuses spéculations contre l'honneur ou la fortune de celui qui se laisserait aller à les consentir. Il ne manque pas d'intrigants adroits, de coquettes habiles qui exploiteraient une passion qu'ils savent adroitement faire naître et entretenir, une fièvre qu'ils excitent; et plus leur position leur paraîtrait, eu égard à la famille de leur dupe, être un obstacle au mariage, et plus ils songeraient à grossir la somme du dédit.

D'autre part, n'est-il pas évident qu'on ne saurait tolérer ces engagements que d'avance des pères de famille prennent à l'égard de leurs enfants? Ce qui peut, en effet, en résulter, c'est que, différents de goût, de caractère, les futurs époux, ne se convenant d'aucune manière, ne soient condamnés à s'unir que pour cimenter leur malheur commun. Il importait donc de les prémunir contre une mutuelle antipathie.

Mais ce qui importait surtout, c'était d'assurer la liberté des mariages : *Libera esse matrimonia antiquitus placuit, ideoque pacta ne liceret dirrumpere non valere*¹. C'est cette antique règle que notre Code a consacrée, qu'il ne pouvait pas ne pas consacrer sans méconnaître la mission sociale qu'il avait à remplir. Le mariage, source de la famille, touche immédiatement à l'État. Le dégager de toute entrave, c'était agir dans l'intérêt de celui-ci. Aujourd'hui donc, comme toujours, tout ce qui porte atteinte à sa liberté illimitée est considéré comme contraire à la morale, aux bonnes mœurs, à l'ordre public, et, conséquemment, incapable de produire le moindre effet.

1354. — La nullité d'un dédit de mariage n'est pas même contestée, mais ce principe n'a pas fait disparaître l'abus. Ceux qui persistent à vouloir en profiter ne trouvent dans cette nullité qu'un motif de plus pour donner à la convention une apparence de sincérité, en l'affublant d'une forme dont les dehors paraissent irréprochables. Ainsi, au lieu d'un dédit, ils se font souscrire une obligation pure et simple, causée pour prêt d'argent. Puis le mariage ne s'accomplissant pas, soit par le refus du souscripteur, soit sur leur refus personnel, ils poursuivent le paiement de l'obligation dont ils sont porteurs.

Devant les tribunaux, naissent alors les diverses fins de non-recevoir déjà indiquées. Le défendeur excipe-t-il du véritable caractère de l'acte, on ne manque pas de lui opposer les énonciations de l'acte, l'irrecevabilité de la preuve par témoins, tant en vertu de l'article 1341, que de la maxime *nemo auditur*, etc...

Ce qui domine et doit nécessairement dominer l'appréciation d'un pareil litige, c'est une considération que nous trouvons développée dans une consultation de Dalloz sur un procès de cette nature. Les prohibitions que le législateur établit dans l'intérêt des mœurs et de l'ordre public ne tirent leur sanction et leur efficacité que de la difficulté de les enfreindre et de recueillir le fruit de leur infraction. En vain le législateur aura déclaré illicite toute obligation fondée sur une promesse de mariage; en vain il aura frappé de réprobation tout contrat qui aura pour objet une immoralité ou un crime. Ses dispositions seront impuissantes s'il est permis de déguiser le caractère du contrat, si l'on peut impunément cacher la cause honteuse de la convention sous le voile apparent d'une stipulation légitime. On, ce qui est la même chose, si l'on interdit la preuve testimoniale qui, seule, en pareil cas, peut démasquer la fraude à la loi et venger l'offense à l'ordre public et à la morale.

1355. — Dalloz avait parfaitement raison lorsqu'il ajoutait qu'il est des choses que la loi n'a pas besoin d'exprimer formellement, tant elles s'induisent de son esprit. Dans cette catégorie, se place évidemment l'exception à la prohibition de l'article 1341 du Code civil, lorsqu'il s'agit, non plus d'une simulation licite, mais de la violation formelle d'une loi d'ordre public. On ne saurait soutenir le contraire sans accuser le législateur de n'avoir pas eu le courage de son opinion, puisque, voulant la fin, il aurait pros crit les moyens.

Quant à l'allégation invoquée, que la simulation du contrat ne peut être prouvée testimoniallement que par les tiers, elle est vraie, lorsqu'il s'agit d'une de ces simulations incapables d'imprimer à l'acte un caractère d'invalidité quelconque. Ainsi, on refusera à la partie de prouver que le contrat, qualifié vente, est une donation. Pourquoi? Parce que la personne, capable de vendre et de donner n'a, à cette preuve, aucun intérêt réel. En effet, la vente, n'existant plus comme vente, vaudra comme donation, et de vra, comme telle, sortir à effet. La preuve testimoniale du véritable caractère de l'acte serait donc complètement inutile. *Frustra probatur quod probatum non relebat*.

¹ L. 2, Cod., de iust. stipul.

On refusera la preuve testimoniale à la partie l'invoquant, lorsqu'à son aide, elle voudra établir que la vente qu'elle a consentie, ou l'obligation qu'elle a souscrite, n'a aucune cause réelle. Cette absence de cause, elle a pu et dû la faire constater au moment du contrat par une contre-déclaration sans l'existence de laquelle l'acte, n'ayant rien de contraire à la loi, est accepté par elle comme l'expression de la vérité et devient la règle unique des parties.

Osera-t-on dire qu'il doit en être de même de la preuve que l'acte déguise une illégalité, qu'il n'a été fait que pour éluder une prohibition d'ordre public? Est-ce que d'une part la preuve acquise ne ferait pas immédiatement tomber l'acte? Est-ce que, d'autre part, l'absence d'une contre-déclaration n'est pas la conséquence nécessaire, forcée du véritable but des parties? Comment exiger que ceux qui, voulant violer la loi, éprouvent le besoin de dissimuler, aient précisément donner la preuve écrite de la véritable nature du traité? Donc, la preuve n'est plus illusoire, et comment l'acquiescer jamais, si la partie elle-même est et doit être déclarée non recevable à l'administrer?

En d'autres termes, il ne faut pas confondre les simulations licites ou ne concernant que l'intérêt privé avec celles dont l'unique objet est de violer une loi d'ordre public ou d'intérêt général. Si la partie qui y a volontairement concouru ne peut prouver par témoins les deux premiers, l'intérêt de la loi exige impérieusement qu'on l'admette à le faire pour cette dernière; décider le contraire, ce serait méconnaître l'intention du législateur, tolérer et même encourager la violation des prescriptions les plus sacrées.

Or, on distinguera facilement la simulation licite de celle qui ne l'est pas. On n'a qu'à se demander si les parties pouvaient faire directement ce qu'elles ont fait indirectement; si oui, la simulation est indifférente. Tout ce qu'on en induira, c'est qu'entre plusieurs manières de faire un acte, les parties ont choisi celle qu'elles ont jugé la plus convenable; en cela, elles ont usé de leur droit, et n'ont fait que ce que la loi ne leur défendait pas de faire.

Dans le cas contraire, la prohibition d'agir directement atteint la voie indirectement choisie; l'acte est nul aux yeux de la loi, et non-seulement la partie sera recevable à exciper de cette nullité, mais elle pourra encore l'établir

par témoins. C'est ce qu'on admet sans difficulté pour la dette du jeu, pour l'usure; pourquoi ne l'admettrait-on pas pour le dédit de mariage? La loi, qui prohibe ce dernier, ne procède-t-elle pas de motifs identiques à ceux qui lui font proscrire l'usure et le jeu? Conséquemment, si la preuve testimoniale est admissible dans un cas, elle doit l'être également dans l'autre; le contraire avait cependant été admis par la cour suprême, le 29 mai 1827¹.

1356. — En conséquence, elle avait cassé un arrêt de la cour de Riom, qui avait admis le souscripteur d'une obligation à prouver par témoins que la cause réelle de cette obligation était une promesse de mariage. La cour de Lyon, investie par le renvoi, jugea comme la cour de Riom, et son arrêt devint l'objet d'un nouveau pourvoi soumis aux chambres réunies.

Le résultat de ce second examen fut l'abandon complet de la jurisprudence de 1827. En effet, l'arrêt qui intervint consacra les deux propositions suivantes, dans lesquelles se résume toute notre doctrine, à savoir :

1° Qu'une promesse de mariage, à laquelle celui qui l'a faite a attaché, pour le cas d'inexécution, une clause pénale, consistant dans l'obligation de payer une somme d'argent, est nulle comme contraire à la liberté des mariages et illicite, ainsi que la clause pénale qui n'en est que l'accessoire;

2° Que le souscripteur lui-même d'un billet causé pour prêt est admissible à prouver par témoins que cette cause est simulée, et que la cause réelle est illicite comme consistant, par exemple, en une promesse de mariage avec clause pénale².

1357. — Les traités sur succession future étaient prohibés en droit romain; on les considérait comme renfermant *rotum alienius mortis* et offensant ainsi la morale. Une exception était cependant admise en faveur des traités que celui de la succession duquel il s'agissait avait consentis et qu'il n'avait pas rétractés avant de mourir³. Cette exception s'était introduite dans la plupart des pays de droit écrit et dans un grand nombre de coutumes.

Mais la faculté de renoncer à la succession, même dans ces conditions, avait été restreinte au contrat de mariage et moyennant une dot constituée à la renonçante, ce qui ne l'empêchait pas, d'ailleurs, d'hériter si, au décès du constituant, il n'existait pas d'autres héritiers, ou si

¹ D. P., 27, 1, 255.

² Cass., 7 mai 1836; D. P., 36, 1, 161.

³ L. 4, Cod., de inst. stipul.; L. 30, Dig., de pact.

les héritiers mâles, au profit desquels la renonciation était censée faite, précédéaient les père et mère. Elle conservait, dans tous les cas, le droit de réclamer un supplément de légitime, si la dot constituée ne remplissait pas en entier celle lui revenant ¹.

1358. — Cette législation fut abrogée par les lois intermédiaires, et notamment par celle du 22 ventôse an II et plus tard par l'article 971 du Code civil. Certes, les termes de sa disposition sont assez clairs, assez positifs, mais, pour éviter toute difficulté possible, le législateur a cru devoir, dans l'article 1130, revenir sur le principe, en ajoutant cette fois que la nullité d'un pacte sur succession future ne saurait être corrigée par le concours et le consentement donné par celui-là même de la succession duquel il s'est agi.

Le motif de cette prohibition est d'ordre public. Nos mœurs ne permettaient pas de pactiser sur la succession d'un homme vivant sans outrager les lois de la morale et de l'honnêteté publique. On en est donc revenu à la législation romaine sur cette matière; tout acte de ce genre, renfermant *rotum alicujus mortis*, a été sévèrement et absolument prosaïté.

1359. — Violent cette prohibition, c'est méconnaître une loi d'ordre public. Conséquemment, la nullité encourue est absolue et radicale; l'acte qui en est vicié n'a jamais eu que l'apparence d'un contrat incapable de créer un lien quelconque.

Ce caractère de la nullité amène à cette autre conséquence: que le traité sur succession future, déguisé sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ne saurait, comme le traité direct, produire le moindre effet, et que la partie elle-même est recevable à prouver la simulation, soit ce même par témoins. Il importe peu que l'acte simulé soit intervenu de cohéritier à cohéritier, ou de cohéritier au propriétaire; il suffit qu'il constitue un pacte sur succession future, pour que les conséquences que nous venons d'indiquer se réalisent immédiatement.

1360. — L'existence de la simulation sera facilement appréciable, lorsque le traité émanera de cohéritier à cohéritier, ou de celui-ci à un tiers. Il est, en effet, difficile d'admettre qu'un stipule, comme actuel, l'effet d'un contrat ne pouvant recevoir aucune exécution avant la mort du propriétaire de la chose qui en fait l'objet. Peut-être même que le prétendu déhi-

teur stipulera ne devoir payer qu'avec et sur ce qui lui reviendra dans la succession. C'est ce qui se réalisait dans une espèce jugée par la cour de Rennes le 2 décembre 1837, et dans laquelle il fut décidé qu'un acte de cautionnement déguisait un traité sur succession future dont la partie pouvait poursuivre la nullité ².

Mais il y aura plus de difficultés lorsque le traité interviendra entre le propriétaire et un tiers, héritier présomptif ou non. L'acte, en effet, peut contenir des clauses telles, qu'il soit difficile d'en apprécier le véritable caractère. Le propriétaire peut disposer de ses biens comme il l'entend, et nul doute que si l'acte renfermait un désinvestissement actuel et irrévocable, il devrait infailliblement sortir à effet, car, en le supposant nul comme vente, il n'en vaudrait pas moins comme donation déguisée.

1361. — Cependant, il n'est pas probable que si l'intention réelle des parties a été de traiter sur succession future, ce caractère de l'acte simulé ne se décide pas dans quelques-unes de ses clauses. En effet, cette intention ne comporte pas un désinvestissement actuel et irrévocable. Celui qui ne veut donner qu'à sa mort s'en explique plus ou moins expressément. C'est donc dans les clauses mêmes de l'acte qu'il conviendra d'en rechercher la portée réelle; c'est surtout dans ce qui se rapporte au mobilier que cette recherche a des chances de succès.

On comprend, en effet, qu'un individu transmette ses immeubles actuellement, même lorsque la pensée de cette transmission se réfère à une donation pour cause de mort. Dans ce cas, la réserve de l'usufruit ou le paiement d'une rente viagère concilie très-bien le véritable caractère de l'acte avec l'apparence qui lui a été donnée.

Mais il n'en est pas de même du mobilier. Il n'est pas dans la nature des choses que celui qui ne veut le transmettre qu'à sa mort s'en dépossède actuellement. Conséquemment la vente, dissimulant le pacte sur succession future, en réglera le sort d'une manière qui suffira pour permettre de saisir la véritable intention des parties contractantes.

1362. — Par exemple, vendre le mobilier qu'on délaissera à son décès n'est pas autre chose que disposer de son hérité, et, conséquemment, se placer en contradiction avec les principes consacrés par les articles 971, 1130 et 1600 du Code civil. De quelque manière donc

¹ Serres, *Inst.*, p. 257; Fénelon, quest. 192, Cotelan, liv. II, chap. XX.

² J. D. P., t. I, 1839, p. 380.

que ce fait soit dissimulé dans le contrat, son existence certaine ne laisserait aucun doute sur l'objet qu'on s'est réellement proposé, et la nullité de l'acte en serait la conséquence forcée. Or, ce fait se réaliserait, si, en aliénant son mobilier actuel, le vendeur se réservait la faculté d'en disposer comme bon lui semblerait, avec stipulation que l'acquéreur, en remplacement de ce qui aurait été aliéné par le vendeur, prendra celui qui se trouvera dans sa succession au jour de son décès.

Un pareil acte, on le comprend, n'est pas une vente. La propriété du mobilier, qui paraît en faire la matière, n'est pas transférée; elle ne cesse pas d'appartenir au vendeur, puisque seul il en exercera les attributs, et que seul il pourra ultérieurement en disposer.

On ne pourrait, par les mêmes motifs, y voir une donation. Donner et retenir ne vaut, et cela se réalise toutes les fois que la condition essentielle de toute donation, à savoir: le désinvestissement actuel et irrévocable, ne se réalise pas. Sans doute il importe peu que ce désinvestissement s'applique cumulativement à la possession et à la jouissance, ou qu'il n'ait trait qu'à l'une ou à l'autre. Mais, dans l'espèce, il n'y en a aucun avant la réalisation du décès. Dès lors, aussi, la donation qu'on voudrait rencontrer n'est, en réalité, ouverte et certaine qu'à l'époque du décès. Elle ne porte que sur ce que le donateur prétend déléguer à sa mort.

Ainsi réduite, cette donation est nulle sous un double rapport; elle constitue, en premier lieu, un pacte sur succession future. Le propriétaire n'aliène qu'une seule chose, la faculté de disposer ultérieurement de son mobilier à titre gratuit. Elle ne saurait, dès lors, échapper à la prohibition légale des articles 1130 et 1600 du Code civil.

Vainement, invoquant la simulation du contrat qui donne à la donation l'apparence d'une vente, voudrait-on soutenir qu'on a pu vendre et acheter une chose future! L'article 1600 n'a pas consenti à regarder comme telle une hérédité non ouverte. Ce qui était de doctrine incontestable sous l'empire du droit romain: *Quum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas ut sit emptio. Nec enim alea emitur ut in venditione et similibus, sed res, quæ si non est, non contrahitur emptio, et ideo pretium conditur*¹.

Ainsi, la loi ne considère pas l'hérédité comme constituant la chose future susceptible d'être achetée ou vendue. L'hérédité existe ou non, suivant qu'elle est ou non ouverte; et cette doctrine n'est que la conséquence de l'immoralité et de l'indécence qu'il y a à spéculer sur la mort de celui dont on achète à l'avance les dépouilles.

De plus, la vente manquerait, dans tous les cas, par l'absence d'un corps certain et déterminé, devant en faire l'objet. En effet, vendre un mobilier tel qu'il existera au décès du vendeur, c'est ne rien vendre, pas même une chose future. Le vendeur pourra toujours faire qu'il n'en existe aucun, et cette faculté constituerait la condition potestative, susceptible à elle seule d'annuler le contrat.

En second lieu, la donation constituerait une disposition à cause de mort, laquelle, dénuée des formes spécialement tracées par la loi, ne pourrait produire aucun effet. Vainement exciperait-on de la jurisprudence en matière de donations déguisées. Les seules donations valables sont celles qui sont faites entre-vifs, et, d'ailleurs, tester n'est pas donner. Or, vendre ou donner ce qu'on déléguera après son décès, c'est faire un testament, qui est nul s'il n'est pas rédigé dans les formes qui lui sont imposées. Remplacer le testament par une vente ne peut donc avoir pour objet que d'enlever au premier la révocabilité, qui est de son essence, et enchaîner la volonté du testateur; c'est, en un mot, faire ce que la loi ne permet pas.

Ainsi, la vente des biens qu'on déléguera à son décès est frappée de nullité. En tant que vente, elle constitue un pacte sur succession future; en tant que donation, elle déguise, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, une disposition à cause de mort, à laquelle la loi a dicté une forme spéciale à peine de nullité. Cette simulation constitue donc une fraude à la loi, et comme cette loi est d'ordre public, la partie elle-même serait recevable à la prouver, comme le sont les tiers et les héritiers. C'est ce que les cours d'Orléans et de Rennes ont formellement décidé. Le pourvoi formé contre l'arrêt de celle-ci a été rejeté par la cour de cassation le 28 novembre 1843².

Dans l'une et dans l'autre de ces espèces, on soutenait que la prohibition de traiter sur succession future ne concernait que les héritiers; qu'elle ne pouvait évidemment s'étendre au propriétaire lui-même, par la raison que chacun a le droit de disposer de ses biens comme il l'entend. Mais cette prétention a été écartée, et

¹ L. 7, Dig., de hered. vel act. vendit.

² D. P., 44, 1, 38; Orléans, 24 mai 1849; *Journal du Palais*, t. II, 1849, p. 78.

devait l'être, en présence des termes formels de l'article 1130 du Code civil.

1303. — Ces deux arrêts ont également jugé qu'en pareille matière l'opération était indivisible; qu'en conséquence, et quoique, pour les immeubles, il y eût, en réalité, désinvestissement actuel, l'existence d'un prix unique et le véritable caractère du contrat ne permettaient pas d'en scinder les dispositions qui se trouvaient, dès lors, intégralement atteintes par la nullité de celle relative au mobilier.

1304. — Notons, enfin, que ce qui est décidé pour l'universalité d'une succession doit l'être également pour une quotité quelconque et même pour l'aliénation d'un corps certain et déterminé. La prohibition de pactiser sur succession future s'applique à chaque partie, comme à l'universalité de la succession. Il suffirait donc que l'aliénation partielle constituât le traité sur succession future ou déguisât une donation à cause de mort, sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, pour qu'elle ne pût, sous l'un ou l'autre rapport, échapper à la nullité¹.

1305. — La question de savoir si la convention sur succession future peut ou non être ratifiée après l'ouverture de la succession est vivement controversée. Déjà nous nous sommes expliqué sur ce point, et nous rangeant à l'avis de Toullier et de Zachariæ, nous avons admis l'affirmative². Nous avons d'autant moins hésité à le faire, qu'il est certain que l'acte de ratification déclarera qu'au besoin les parties repoussent la convention, ce qui constituerait un nouveau traité dont la légalité, ne pouvant être contestée, puisqu'il serait postérieur à l'ouverture de la succession, commanderait l'exécution³.

Si la ratification expresse est licite, on ne saurait écarter la ratification tacite résultant de l'exécution. Comment, en effet, ne pas voir une ratification, par exemple, si le règlement de la succession, si le partage même, s'était, du consentement de tous, opéré sur les bases fixées dans le traité primitif?

1306. — Toutefois, et au point de vue de la prescription, cette doctrine est vivement contestée. Sa consécration, en effet, a pour résultat immédiat l'application de l'article 1304 à l'action en nullité du traité sur succession future. Ceux-là donc qui pensent que cette action ne se prescrit que par trente ans, contestent, *a priori*, la faculté de ratifier même expressément.

Au nombre des partisans de la prescription trentenaire, se range Troplong⁴. Mais ce savant jurisconsulte n'examine la question qu'au point de vue de la nullité absolue et radicale, et ne se préoccupe que de l'erreur qu'il reproche, avec raison, à Toullier, enseignant que cette même nullité rentre sous la règle générale de l'article 1304.

Ainsi, dit Troplong, s'il fallait en croire Toullier, il faudrait aller jusqu'à dire que le propriétaire, dont la succession a été l'objet d'une vente illicite et qui y a donné son consentement, n'a que dix ans pour échapper à cette convention! Nous sommes de l'avis de Troplong, et nous admettons, sans hésiter, que tant que la nullité est absolue et radicale, c'est la prescription trentenaire qui, seule, en régit le sort. Or, elle est évidemment telle, tant que la succession sur laquelle on a traité n'est pas ouverte.

Mais l'ouverture de la succession ne modifie-t-elle pas ce caractère de la nullité? A partir de ce moment, tout ce qui la compose devient réellement disponible, et la capacité d'y renoncer, celle d'aliéner, par vente, échange ou cession, est acquise à tous ceux que la loi appelle à la recueillir. La loi ne proteste donc plus au nom de la morale, de l'honnêteté publique, contre l'exercice direct de ce droit. La nullité devient donc purement relative; et comment ceux qui peuvent aliéner directement, seraient-ils empêchés de le faire indirectement par la ratification du traité nul jusque-là d'une nullité absolue?

C'est cette question que Troplong n'a pas cru devoir examiner, et cependant, c'est la seule qui doit être traitée. En effet, ceux qui soutiennent l'application de l'article 1304 à la nullité résultant du pacte sur succession future ne le font que parce que, à leur avis, cette nullité perd son caractère absolu et radical par l'ouverture de la succession. Le traité, nul de plein droit jusque-là, n'est plus, à partir de cette ouverture, qu'un acte annulable ou rescindable, et de l'avis de Troplong lui-même, c'est pour les actes de ce genre que dispose l'article 1304.

Nous avons donc raison de dire que l'imposante autorité de son nom ne pèse pas sur votre discussion actuelle. Nous soutenons si peu l'application de l'article 1304 aux nullités radicales et absolues, que nous n'admettons son applica-

¹ Cass., 11 novembre 1845; *Journal du Palais*, t. II, 1845, p. 627.

² Voy. *supra*, n° 618.

³ Cass., 11 août 1825; Grenoble, 25 mars 1831; Rouen, 30 décembre 1825.

⁴ De la *Fente*, n° 246.

bilité à la nullité du pacte sur succession future, que parce que, à notre avis, l'ouverture et la disponibilité de la succession rendent cette nullité purement relative pour l'avenir.

Un pareil effet est-il légalement possible ? L'affirmative ne nous paraît pas susceptible de difficultés. Elle résulte du caractère et de la nature de la prohibition. En principe, toutes les nullités d'ordre public ne se comportent pas de la même manière. Elles ne peuvent produire des effets identiques, parce qu'elles ne procèdent pas toutes de la même cause. Sans doute, elles intéressent toutes l'ordre public, mais c'est à des titres divers. Il n'y a donc que celles qui se déduisent du fait même qui est devenu la matière du contrat, qui protestent éternellement et tant qu'existe ce contrat.

« On ne peut disconvenir, dit Merlin, que, dans la classe des nullités absolues, il s'en trouve quelques-unes qu'un particulier ne pourrait plus alléguer après avoir consenti à l'exécution de l'acte qui en est infecté ¹. » Or, dans quelles circonstances ce caractère se rencontrera-t-il plus puissamment que dans la nullité résultant d'un pacte sur succession future ? La vente, la cession, la renonciation même faisant la matière de ce pacte, n'a en elle-même rien d'illicite ou d'illicé. Ce qui lui imprime ce caractère, c'est uniquement le moment qui la voit s'accomplir, la circonstance que la succession sur laquelle elle intervient n'est pas ouverte, et qu'il serait indécent d'autoriser la faculté de trafiquer de la succession d'un homme vivant. Du moment que cet homme a cessé de vivre, le motif n'existe plus, et *cessante causa, cessat effectus*.

À dater de ce moment, en effet, les parties intéressées acquièrent la plus entière liberté de traiter de tout ce qui constitue la succession. Qu'importe à la loi que cette disposition se réalise par un nouveau traité ou par la confirmation de l'ancien ? Elle ne répugne plus à ses effets, elle se contente de prononcer l'annulation, si elle est poursuivie ; mais si celui que cette faveur concerne veut y renoncer, si, au lieu d'en poursuivre le bénéfice, il le déserte et l'abandonne, faudra-t-il, plus tard, anéantir l'effet de cet abandon purement spontané et volontaire ? En vérité, l'affirmative paraît insoutenable, car la raison et le droit s'unissent pour proclamer que celui qui pourrait agir directement ne saurait ne pas être valablement lié, parce qu'il lui a plu d'arriver à un résultat identique par une voie indirecte. L'héritier saisi peut aliéner. La rati-

fication est une véritable aliénation ; à ce titre donc, elle devrait être maintenue comme le serait l'aliénation elle-même.

1367. — La cour d'Aix, dans un arrêt du 2 juil. 1840 ², refuse cependant de le faire. La nullité du pacte sur succession future, dit-elle, est telle que l'ouverture même de la succession reste sans influence sur la convention dont le vice originaire garde toujours la même nature, sans qu'il puisse être couvert.

Sans influence nécessaire sur la convention ! Cependant, à dater de cette ouverture, il n'y a plus de succession future, et les biens délaissés deviennent susceptibles de toute espèce de transactions. Sans doute, cette ouverture ne fait pas disparaître, *ipso facto*, la nullité du pacte dont la succession a été l'objet avant le décès du propriétaire, et celui qui l'a souscrit n'est pas obligé de l'exécuter. Il lui suffit de vouloir pour que ce pacte soit anéanti, mais s'il vient à l'exécuter, si son intérêt lui en fait un devoir, n'est-il pas le maître de le faire ? Oui, dit la cour, mais par un acte nouveau, non par une ratification, parce que cette ratification serait une nouvelle insulte à la loi.

Vraiment, la cour d'Aix fait la loi bien susceptible. Pourquoi se trouverait-elle insultée ? Parce que la ratification s'appliquant à une nullité radicale et absolue serait-elle même atteinte par cette nullité ? Mais après le décès, cette nullité n'existe plus. S'il en était autrement, tout acte nouveau serait également impossible. La validité de celui-ci entraîne forcément celle de la ratification. Celle-ci, en effet, ne fait ni plus ni moins que l'acte nouveau ne ferait lui-même. Conséquemment, l'aliénation autorisée par le moyen de celui-ci ne saurait être prohibée sous la forme de la ratification.

Mais, dit l'arrêt, il y a entre l'acte nouveau et la ratification cette différence, que le premier rend hommage à la loi en supposant non-seulement la nullité, mais encore l'inexistence de l'acte précédent ; et d'ailleurs, ne recevant l'être que du jour de sa date, il porte sur une succession ouverte ; la ratification, au contraire, se rattache à l'acte primitif qu'elle a pour objet de maintenir aussi bien dans sa date que dans ses effets ; s'unissant et s'incorporant à cet acte, elle reçoit le vice dont il est infecté au lieu de l'effacer ; elle est enfin, avec lui et comme lui, une stipulation sur la succession d'une personne vivante, à moins qu'on ne veuille la considérer isolément, et elle n'est rien.

¹ *Idem*, v. Nullité, § 3, n° 1.

² J. D. P., t. II, 1840, p. 337.

Ceci n'est plus seulement une contradiction, c'est la négation absolue de la nature du pacte sur succession future, du caractère, des effets de la ratification.

Le pacte sur succession future, en tant que vente, cession, renonciation même, n'a rien d'illicite au point de vue du droit en lui-même. Sa nullité ne résulte pas de ce qu'on a vendu, cédé ou renoncé. Elle n'est que la conséquence de l'indisponibilité des objets ou des droits au moment où ils sont aliénés; dès lors, leur disponibilité acquise, tous ces actes deviennent licites, cela n'est pas contesté.

L'ouverture de la succession fait donc disparaître la prohibition et entraîne avec elle la disparition de la nullité en résultant. Mais cet effet ne rétroagit pas en ce sens que l'acte souscrit avant est un acte sans lien forcé, sans exécution possible, s'il plaît à la partie de lui refuser l'un ou l'autre.

Voilà donc celle-ci capable désormais d'aliéner et en même temps mise en demeure de se prononcer sur le sort futur du traité qu'elle a souscrit. Quel peut être, en cet état, l'effet de la ratification qu'il en fait?

Est-ce de faire disparaître la nullité originaire dont le traité était atteint? Non, évidemment, car cette nullité est un fait consommé qu'il n'est plus au pouvoir des parties d'empêcher. L'unique but de la ratification, c'est de purger l'acte pour l'avenir, par la confirmation qui en est faite dans un moment de capacité absolue. L'acte n'a donc une existence légale que du jour de la ratification, et comme, ce jour-là, la succession est ouverte, c'est se livrer à la plus incroyable de toutes les fictions, que de dire que la ratification n'est elle-même qu'un traité sur la succession d'un homme vivant.

Si le système de la cour d'Aix était vrai, il faudrait rayer la ratification de nos codes. Vainement le majeur aurait-il ratifié l'engagement souscrit en minorité. Vainement la femme mariée, devenue veuve, aurait-elle confirmé l'aliénation de sa dot faite pendant le mariage; on ne manquerait pas de dire que la ratification, s'unissant et s'incorporant à la convention primitive, est comme celle-ci censée faite pendant la minorité ou le mariage, et qu'un acte nouveau pouvait seul la purger du vice que la ratification purifie.

Qu'on réfléchisse, d'ailleurs, aux conditions exigées par l'article 1358. Pour être valable,

l'acte de ratification doit mentionner le vice du traité originaire, et énoncer l'intention de le purger. Dans l'espèce donc, les parties déclareront que l'acte par elles souscrit était nul comme intervenu sur succession non ouverte, mais que leur volonté étant aujourd'hui la même qu'alors, elles confirment leurs accords qu'elles renouvellent même en tant que de besoin serait. Or, à cette époque, notons-le bien, la nullité d'ordre public a cessé de protester contre la disposition de la succession.

La ratification est donc comme l'acte nouveau un acte d'obéissance à la loi. Elle est une véritable amende honorable de la part de ceux qui, l'ayant transgressée, viennent lui demander pour l'avenir le lien obligatoire qu'elles reconnaissent avoir été dans l'impossibilité de donner à leur contrat.

Il n'y a donc aucune raison sérieuse à objecter contre la validité de la ratification expresse; il ne saurait conséquemment en exister aucune contre la ratification tacite résultant de l'exécution. Or, cette ratification tacite, la loi l'a fait résulter du silence prolongé pendant plus de dix ans. L'action introduite après ce délai se trouverait atteinte par la prescription de l'article 1304, à moins qu'on ne vint, à cette époque, forcer l'exécution que l'acte n'aurait pas encore reçue. Dans ce cas, en effet, la prescription opposable à l'action ne pourrait être opposée à l'exception, en vertu de la règle *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*.

1368. — L'applicabilité de l'article 1304, enseignée par Toullier, Zachariæ et Rolland de Villargues, a été admise par un grand nombre de cours d'appel, et par la cour de cassation elle-même, le 28 mai 1828; mais celle-ci vient, par un arrêt du 11 novembre 1843¹, d'abandonner cette jurisprudence pour adopter la prescription trentenaire. Ce qui fonde ce changement, c'est le caractère de la nullité. La cour admet donc qu'après comme avant le décès, cette nullité est d'ordre public et d'intérêt général; dans cette hypothèse, son arrêt serait en tout point juridique.

Mais nous l'avons dit : la raison et le droit indiquent que le caractère de la nullité est profondément modifié par le décès de celui sur la succession duquel on a traité; et cette modification nous paraît devoir faire préférer l'arrêt de 1828 à celui de 1843².

¹ Journal du Palais, t. II, 1843, p. 327.

² Voy., pour les arrêts dans l'un et l'autre sens, Dalloz,

Dictionnaire général, v° Succession, et Répertoire du Journal du Palais, v° Succession future et Ratification.

1369. — La morale publique, que nous venons de voir proscrire les pactes sur succession future, était bien plus directement intéressée à tout ce qui se rapportait aux enfants naturels. Les législateurs de tous les temps ont mis et dû mettre une grande différence entre eux et les enfants issus d'un mariage légitime.

Chez les Romains, la loi n'accordait aux enfants naturels que des aliments, si leur père délaissait des enfants ou une épouse légitime ; à leur défaut, ils ne recueillaient que le sixième de la succession dans laquelle la mère survivante prenait encore une portion virile. L'excédant était dévolu aux parents éloignés ou au fisc. Toutefois, ils pouvaient recevoir par donation testamentaire au delà de ce que leur attribuait la loi. Ils pouvaient être institués pour la totalité des biens, si leur père ne laissait ni descendants, ni femme, ni ascendants légitimes ; pour la totalité, moins la légitime due à l'ascendant, si l'ascendant se trouvait le plus proche héritier ; pour un douzième seulement, s'il restait des enfants légitimes, encore ce douzième se divisait-il par tête entre les enfants naturels et leur mère ¹.

Les enfants naturels ne succédaient point aux ascendants, si ce n'est par représentation de leur mère, mais l'aïeul paternel ou maternel pouvait, s'il n'avait pas d'enfants légitimes, transmettre tous ses biens au petit-fils naturel ². La loi fondait, en outre, certaines distinctions sur la qualité de la mère. Si elle appartenait à une famille illustre, l'enfant naturel n'avait rien à réclamer, pas même des aliments ³. Si elle était une femme publique, l'enfant suivait alors entièrement la condition de sa mère, lui succédait comme les autres enfants naturels, mais il n'avait aucune espèce de droit à la succession paternelle ⁴.

1370. — Sous notre ancien droit, l'enfant naturel n'était appelé à succéder ni à son père, ni à sa mère ; il avait seulement, et sauf quelques exceptions, une action en aliments.

Mais cet état de choses fut bien changé par les lois intermédiaires. Un premier décret du 4 juin 1795 appela les enfants nés hors mariage à succéder à leurs père et mère, dans la forme qui fut, plus tard, déterminée par la loi du 12 brumaire an II.

Nous n'avons pas à suivre dans ses effets cette loi devant, dans l'intention de ses auteurs, n'être que transitoire. On croyait alors à la prompte promulgation du Code civil, auquel l'article 10 se référerait pour régler les droits des enfants

naturels dont les auteurs seraient encore existants.

1371. — C'est en cet état, et sauf diverses modifications qu'avait successivement subies la législation de l'an II, que le Code civil trouva la matière.

La classe des enfants naturels a, de tous les temps, compris deux catégories bien distinctes : les enfants naturels simples ; les enfants incestueux ou adultérins. Leur position ne pouvait être identique, aussi des lois particulières réglaient-elles le sort de ces derniers qui n'étaient pas compris dans celles concernant en général les enfants naturels.

Sous l'empire du Code, les enfants adultérins ou incestueux sont incapables de recevoir de leur père ou mère autre chose que des aliments. Ce principe est textuellement écrit dans l'article 762. Son application, quant à la quotité de ces aliments, est régie par l'article 763.

Ce principe se fonde sur un motif d'ordre public et d'intérêt général. L'adultère et l'inceste sont plus qu'une infraction aux préceptes de la morale, ils constituent de véritables crimes sociaux. Que leurs tristes fruits ne soient pas entièrement délaissés, qu'on ne les condamne pas à mourir de faim, c'est ce qu'un sentiment de pitié commandait impérieusement. Le législateur a cédé à ces inspirations, mais, il faut le dire, il ne l'a fait qu'à regret, et que lorsque la connaissance du caractère adultérin ou incestueux n'était que le résultat d'un événement imprévu et de force majeure.

1372. — C'est ce que prouve l'article 335, prohibant, d'une manière formelle, toute reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux. Pour bien apprécier le caractère de cette importante disposition, pour en appliquer sainement les effets, il faut nécessairement remonter à son origine.

Le projet primitif du Code ne contenait aucune disposition de ce genre. La cour de Lyon, dans ses observations, signala cette regrettable lacune, et demanda qu'elle fût comblée.

« Serait-il possible, s'écriait-elle, que la loi autorisât la déclaration publique et authentique de l'adultère et de l'inceste ?

« Ce ne sont pas précisément les actions immorales qui anéantissent les mœurs lorsqu'elles demeurent ensevelies sous le voile d'un mystère impénétrable ; le mystère lui-même est un hommage aux mœurs ; ce n'est pas même leur publi-

¹ Nov. 18, chap. V, et 89, chap. XII.

² L. ult., Cod., de testat., lib.

³ L. 5, Cod., ad sen. cons. Orfician.

⁴ L. 8, Dig., unde cognat.

cité, si l'opinion publique les flétrit, si elle voue au mépris les êtres immoraux. Mais si l'opinion publique, si la loi elle-même les tolère, si elle n'en proscribit pas les fruits, l'immoralité triomphe, la vertu est dédaignée; bientôt, par une contagion funeste, il n'y a plus de mœurs, plus de vertu, et qu'est-ce qu'une nation sans vertu et sans mœurs?

« Il est donc impossible que la loi autorise une mère, une sœur, à consigner authentiquement dans des registres publics leur turpitude incestueuse; un père, un frère, à faire constater par l'officier de l'état civil qu'il est le frère de son fils, le père de son neveu; un libertin à publier légalement et impunément qu'il est coupable d'adultère. La loi peut tolérer une faiblesse, elle ne peut supposer un crime; s'il existe, elle doit le punir. »

Ces idées devinrent celles du pouvoir législatif et dominèrent la discussion. « La reconnaissance, disait le tribun Duveyrier, sera impossible, l'officier public ne la recevra pas; et si, malgré lui, l'acte contient le vice qui l'infecte, cette reconnaissance nulle ne pourra profiter à l'enfant. On écarte par là ces chances pernicieuses d'infamie, ces révélations mortelles à la pudeur sociale. On ne déchirera plus pour des passions individuelles et des intérêts particuliers le voile épais dont l'intérêt public couvre ces scandaleux écarts. »

1573. — De plus, l'article 342 défend la recherche même de la maternité admise en général, lorsqu'elle doit avoir pour résultat d'arriver à la conviction d'un adultère ou d'un inceste. En vérité, on dirait que la loi s'est approprié cette opinion du tribun Lohary. À savoir : Que la naissance d'un enfant, fruit d'un inceste ou d'un adultère, est une vraie calamité pour les mœurs; que loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir.

1574. — En présence de pareilles dispositions, on s'est d'abord demandé si l'article 762 n'était pas une superfétation, une véritable lettre morte. Comment rencontrer des enfants adultérins ou incestueux auxquels on puisse l'appliquer si leur reconnaissance est impossible, si celle qui serait volontairement faite ne peut jamais imposer cette qualité, ni produire aucun effet? À cette objection, qui se produisit au conseil d'État, il fut répondu que la qualité d'enfant incestueux ou adultérin pourrait résulter d'autres faits que d'une reconnaissance spontanée du père ou de la mère. Elle peut être acquise par la recherche de la maternité tentée dans le but d'établir une

filiation naturelle, par le résultat d'une poursuite criminelle en adultère, ou d'une action en désaveu, ou de l'annulation d'un mariage contracté à un degré prohibé. Dans tous ces cas, la filiation adultérine ou incestueuse n'est qu'une conséquence du jugement, elle est dès lors certaine, publique, notoire. Le scandale que la loi veut éviter s'était fatalement et légalement produit, il devenait nécessaire de s'occuper de ceux qui en sont les tristes victimes. De là l'article 762.

1575. — La nullité des reconnaissances faites en violation de l'article 335 est radicale et absolue. Son effet en droit ne serait dès lors pas douteux; cependant, et dans l'application, elle a donné matière à une controverse sur les questions de savoir : 1° Si la reconnaissance illégalement faite confère à l'enfant le droit d'exiger des aliments; 2° Si on peut en exciper contre lui à l'effet de faire réduire les donations ou legs consentis en sa faveur par l'auteur de cette reconnaissance.

1576. — L'affirmative sur l'une et sur l'autre est soutenue par Merlin. « L'article 762, dit cet éminent jurisconsulte, a été adopté dans cette prévision. Sans doute les hypothèses où la reconnaissance résulte d'un jugement ont préoccupé le législateur. Mais on trouve dans les débats législatifs que cette préoccupation n'a pas été exclusive, qu'elle s'est notamment étendue aux reconnaissances illégales.

« Ainsi, Siméon, parlant au nom du tribunal, disait au corps législatif : « Quoique les enfants adultérins ou incestueux ne puissent être légalement reconnus, leur existence est un fait qui peut quelquefois être évident. Un enfant aura été désavoué par le mari, il aura été le fruit de l'adultère de la femme. Le crime de sa mère ne saurait la dispenser de lui donner des aliments. Un homme aura signé, comme père, un acte de naissance, sans faire connaître qu'il est marié à une autre femme que la mère de l'enfant nouveau-né, ou que la mère est sa sœur; il aura voulu faire fraude à la loi; l'enfant, ignorant le vice de sa naissance, se présentera dans sa succession pour y exercer ses droits d'enfant naturel; on le repoussera par la preuve qu'il est né d'un père qui ne pouvait pas l'avouer; mais l'aveu de fait, écrit dans son acte de naissance, lui restera et lui procurera des aliments. Cette disposition est conçue de la manière que l'enfant, si elle était nécessaire de la conserver; car, enfin, les enfants adultérins ou incestueux ne sont pas moins des hommes, et tout homme a droit à recevoir au moins des

« aliments de ceux qui lui ont donné le jour ¹. »

« Ainsi encore, dans son rapport au tribunal sur ce titre *des Donations et testaments*, Jaubert disait également : « Les enfants naturels ne peuvent jamais recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*. » Quant aux adultérins ou incestueux, dans les cas rares et extraordinaires où il pourra s'en trouver par suite ou de la nullité du mariage, ou d'un désaveu de la paternité, ou d'une reconnaissance illégale, ils ne pourront recevoir que des aliments. »

« Donc, dans l'opinion de ces deux législateurs, la nullité de la reconnaissance n'empêche pas l'enfant de s'en prévaloir à l'effet d'obtenir des aliments. Cette conclusion est loin d'être inconciliable avec le texte de l'article 333; sans doute, la reconnaissance qu'elle proscrit sera incapable pour conférer au père la puissance paternelle, la faculté d'hériter de celui qu'il a illégalement reconnu, pour imposer à celui-ci les devoirs et les obligations d'un fils, mais elle est susceptible de donner ouverture contre son auteur à une action en aliments. La reconnaissance d'un enfant renferme essentiellement, quoique d'une manière implicite, l'obligation de lui fournir des aliments. Qu'elle soit nulle sous le rapport des droits et devoirs respectifs de père et d'enfant, à la bonne heure; mais cela n'empêche pas que l'obligation implicite qu'elle renferme de fournir des aliments ne doive recevoir son exécution ². »

1377. — Toullier s'est rangé à l'opinion de Merlin; il enseigne, en effet : qu'en disant qu'un enfant adultérin ou incestueux ne peut être reconnu par acte authentique, l'article 333 a eu pour objet d'empêcher que cette reconnaissance ne lui confère les droits de succession irrégulière que les articles 767 et 768 assurent aux enfants naturels légalement reconnus, mais il n'entend point par là dispenser ceux qui ont reconnu un enfant de l'obligation naturelle de le nourrir. Ainsi la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux ne peut lui conférer des droits de successions irrégulières, mais elle peut fonder une action en aliments ³.

1378. — Mais l'opinion contraire est fortement soutenue par un jurisconsulte non moins recommandable, Chabot, de l'Allier ⁴. Nous devons le dire, si l'opinion de Merlin et de Toullier est plus humaine, celle de Chabot a l'incontestable avantage d'être plus conforme à la loi.

Il faut le reconnaître, l'objet de l'article 333, quoi qu'en dise Toullier, n'a pas été de priver l'enfant adultérin ou incestueux des droits de succession irrégulière; ce résultat était suffisamment atteint par l'article 762, le réduisant, dans tous les cas, à un simple droit aux aliments.

L'article 333 a donc voulu autre chose, et cette autre chose nous est indiquée par les motifs qui l'ont fait admettre. Rappelons-nous de quelle manière la cour de Lyon en légitimait la demande, les considérations sur lesquelles elle l'appuyait. Il est vrai que le législateur n'a pas consacré tout ce que la cour de Lyon demandait, notamment la peine d'emprisonnement contre les auteurs de la reconnaissance illégale; mais si l'on consacrait la prohibition, c'est que la naissance d'un enfant, fruit de l'adultère et de l'inceste, était une calamité pour les mœurs; que loin de conserver les traces de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre le souvenir.

Voilà le but de l'article 333, éteindre le souvenir de l'adultère ou de l'inceste; singulière manière de l'atteindre que d'admettre que la désobéissance à la loi pût fonder une action quelconque, et notamment une obligation naturelle que Toullier veut rendre légalement exécutoire au profit de l'enfant.

Au profit de l'enfant adultérin ou incestueux ! Mais l'article 333 dit positivement le contraire. Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. Or, quel est le *summum* de profit que l'enfant né d'un pareil commerce pourra jamais retirer de la constatation légale de son état ? L'article 762 a d'avance répondu. Le droit unique d'exiger des aliments. Mais si vous faites résulter ce droit de la reconnaissance illégale, que devient la prohibition de l'article 333 ? comment concilierez-vous la double proposition qui surgit fatalement de votre système ? La reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit de l'enfant ; si, malgré cette prohibition, cette reconnaissance se réalise, l'enfant en retirera tout le profit que lui procurerait la reconnaissance légalement faite.

Un système conduisant à de telles contradictions est jugé, il est en opposition manifeste avec le texte de la loi; il l'est, de plus, avec son esprit.

Nous venons de le dire, le législateur ne veut consacrer aucune trace de l'adultère ou de l'in-

¹ Séance du corps législatif, du 29 germinal an xi.

² *Rép.*, v° *Filiation*, n° 22.

³ T. II, n° 968.

⁴ *Des Successions*, art. 762.

ceste; il prohibe donc toute reconnaissance, mais il ne pouvait se dissimuler que sa volonté, quoique clairement manifestée, pourrait être transgressée et méconnue. Quel était le remède possible? Évidemment, le seul indiqué était de refuser toute autorité à l'acte réalisant cette prévision, de le considérer comme n'existant pas, comme n'ayant jamais existé. Or, dans le système que nous combattons, la loi aurait bien voulu sévir contre la transgression, mais, respectant la transgression accomplie, elle lui aurait reconnu et fait produire des effets obligatoires, c'est-à-dire que loin de tenir la main à l'exécution de sa volonté, elle en aurait toléré, et par cela même encouragé la violation; peut-on, nous ne dirons pas l'admettre, mais même le supposer?

Mais, dit Merlin, vous prétendez donc que l'acte par lequel un individu s'obligerait à fournir des aliments à un enfant qu'il reconnaîtrait pour le sien, et qui serait, par le fait de cette reconnaissance, adultérin ou incestueux, fut nul pour le tout? Nous sommes bien loin de soutenir la nullité intégrale, nous qui soutiendrions tout à l'heure contre Merlin lui-même que la donation ou le legs, mêlé de reconnaissance adultérine ou incestueuse, ne saurait être réduit. Il y a dans l'acte dont parle Merlin deux choses distinctes : la reconnaissance qui doit être effacée, l'obligation qui subsiste indépendamment de la reconnaissance, celle-ci n'est pas nécessairement la cause de l'obligation de fournir des aliments. À défaut de toute autre cause apparente, l'intention de faire une libéralité la légitimerait et la rendrait même irrévocable. Dans cette hypothèse, d'ailleurs, l'action de l'enfant reposerait, non sur la reconnaissance, mais sur la libéralité déguisée sous la forme d'une obligation.

Ce que nous soutenons, c'est qu'une reconnaissance pure et simple ne serait qu'un acte insusceptible de créer un droit quelconque en faveur de personne, et que notamment l'enfant adultérin ne pourrait prétendre à trouver l'origine d'une obligation de lui fournir des aliments.

Ce système, qui découle du texte et de l'esprit de la loi, pourrait encore s'étayer des principes sur les fraudes à une loi d'ordre public. Tout ce qui est fait dans ce sens est frappé d'une nullité radicale et absolue, et demeure, par conséquent, incapable de créer aucun lien, aucun droit. Or, la reconnaissance faite au mépris de l'article 335 viole une loi d'ordre public, elle ne saurait donc légalement fonder une action quelconque. Mais, dit Merlin, l'obligation de fournir des aliments n'est pas attachée à la re-

connaissance; elle résulte de la paternité même. Nous admettons volontiers qu'il en est ainsi; avant même la reconnaissance, le père est naturellement obligé à donner des aliments à celui qu'il sait être son fils; mais si l'obligation naturelle crée un lien dans le for intérieur pour celui qui la doit, elle n'en crée aucune en faveur de celui à qui elle est due. Nul ne peut être contraint judiciairement à exécuter une obligation naturelle tant qu'elle ne s'est pas manifestée par un fait légal lui imprimant pour l'avenir un lien civil. Dans notre espèce, la paternité oblige naturellement; sa manifestation lui donne seule le lien civil, permettant d'en contraindre l'exécution. Or, la loi, proscrivant celle-ci en matière d'adultère et d'inceste, refuse absolument de convertir l'obligation naturelle en obligation civile. Cette obligation reste donc renfermée dans la conscience du père et le fils ne peut même en exciper, car, aux yeux de la loi, il est censé ne pouvoir connaître cette paternité que la loi condamne à un secret perpétuel.

1379. — Au reste, la cour de cassation qui, déjà du temps que Chabot écrivait, s'était, dans l'affaire Lanchère, prononcée contre le système de Merlin, a depuis, et malgré ses observations, persisté dans cette jurisprudence, et ses nouveaux arrêts ne présentent plus l'équivoque et le doute que Merlin reproche à ce premier arrêt. Voici en effet, comme, dans ses arrêts les plus récents, la cour de cassation établit le principe.

« Attendu, dit un arrêt du 8 février 1836, que, d'après la prohibition expresse de l'article 335, qui a pour objet de prévenir des révélations scandaleuses, la nullité de la reconnaissance n'en laisse subsister aucun effet ni contre les enfants, ni en leur faveur. »

Ailleurs, et dans un arrêt du 4 décembre 1837¹, la cour considère que la reconnaissance des enfants, nés d'un commerce adultérin ou incestueux, est interdite, d'une manière absolue, par l'article 335 :

« Attendu, continue-t-elle, que lorsque, au mépris de cette prohibition d'ordre public, la reconnaissance volontaire d'un enfant adultérin est faite par acte authentique ou sous seing privé, elle est radicalement nulle et en peut produire aucun effet, soit contre l'enfant pour faire réduire à de simples aliments les donations faites en sa faveur, soit à son profit pour faire condamner l'auteur de cette reconnaissance à lui fournir des aliments ;

« Attendu que l'article 762, qui déclare que

¹ Journal du Palais, t. II, 1837, p. 565.

la loi n'accorde que des aliments aux enfants adultérins, ne détruit pas la prohibition de l'article 335 et ne peut recevoir son application que lorsque la preuve de la paternité est indépendante de toute reconnaissance volontaire et résulte seulement d'actes de poursuites et de jugements qui n'ont pas pour objet la recherche de cette paternité interdite, dans tous les cas, par l'article 342 du Code civil. »

Plus tard, la cour de Lyon réduit une donation faite à un enfant adultérin, par celui qui l'avait reconnu, sur le motif que ces enfants sont incapables de succéder et n'ont droit qu'à des aliments ; que la filiation adultérine résulte suffisamment de la reconnaissance authentique lorsqu'elle n'est pas contredite par l'acte de naissance. Mais cet arrêt, étant devenu l'objet d'un pourvoi, est cassé par la cour suprême, le 3 février 1841.

« Attendu, porte ce nouvel arrêt, que, sous l'empire du Code civil, la recherche de la paternité est interdite ; que l'article 335 défend, en termes exprès et absolus, la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux ;

« Qu'il suit de là que l'article 762, en leur accordant des aliments, ne s'applique qu'aux seuls cas où la preuve de la filiation adultérine ou incestueuse est acquise en justice par la force des choses et non au cas où, comme dans l'espèce, la preuve de cette filiation ne résulterait que d'une simple reconnaissance que la loi prohibe expressément ¹. »

Enfin, et le 18 mars 1846 ², un dernier arrêt, rendu au rapport de M. le conseiller Mesnard, vient de proclamer encore les mêmes principes.

On le voit, la cour de cassation n'a jamais varié dans l'acception qu'elle donne aux articles 335 et 762. Le motif de cette jurisprudence nous est dévoilé par le rapporteur du dernier arrêt, le savant Mesnard : Du moment où, par l'effet d'une reconnaissance effrontée d'une paternité adultérine, un droit quelconque, au profit ou au préjudice de l'enfant adultérin ou incestueux, pourrait être exercé, l'exercice de ce droit serait un scandale public. Il faut bien le reconnaître, c'est bien là, en effet, ce que la loi a admis. ce qu'elle a voulu, à tout prix, empêcher. Cela nous paraît si évident, que nous n'hésitons pas à croire que les cours qui, contrairement à la jurisprudence de la cour de cassation, font produire un effet à la reconnaissance volontaire, soit pour réduire à de simples aliments les libé-

ralités faites à l'enfant par l'auteur de la reconnaissance, soit pour permettre à l'enfant d'obtenir des aliments, s'écartent de la loi et cèdent à une prétendue équité contre laquelle le texte et l'esprit de notre législation ne cessent de protester.

Le système de Chabot doit donc prévaloir sur celui de Merlin et Toullier. Cette pensée est celle de la majorité des auteurs. Il en résulte que l'enfant ne saurait être admis à fonder une action en aliments sur la reconnaissance volontaire des auteurs de ses jours.

Cette solution préjuge forcément celle que doit recevoir la seconde question. Il est certain, en effet, que puisque la reconnaissance volontaire ne crée aucun droit à l'enfant, elle ne saurait en créer aucun contre lui. On ne saurait admettre que ce qui est nul en sa faveur pût être valablement invoqué et produire des effets à son préjudice. Et puisque, comme le dit la cour de cassation, dans son arrêt du 8 février 1836, nonobstant la reconnaissance, l'état des enfants n'en est pas moins resté incertain, et qu'ils sont demeurés étrangers à son auteur, la demande en réduction des libéralités qu'ils peuvent en avoir reçues, soit par acte entre-vifs, soit par testament, ne saurait s'appuyer sur aucune base. Son admission violerait donc expressément l'effet de la prohibition de l'article 335.

1380. — En rigueur des principes, disent Teulet et Daurivilliers, cela est incontestable. La reconnaissance, censée non écrite contre la demande de l'enfant, ne peut être envisagée autrement lorsqu'il y a une action dirigée contre ses intérêts. Mais si l'on passe aux conséquences, on est vraiment effrayé de ce qui va suivre. Si l'enfant eût été simplement naturel, s'il fût né de deux personnes entièrement libres, la reconnaissance eût été valable et les droits de l'enfant se fussent trouvés réduits à une part déterminée dans la succession. Au contraire, si la reconnaissance suppose un commerce incestueux ou adultérin, elle est nulle. Mais l'enfant, qui reste alors sans état de famille, n'est plus restreint, soit à de simples aliments, soit à une réserve délimitée ; mais il acquiert la pleine et entière capacité dans toute son étendue, en sorte que rien n'empêche qu'il soit admis en concours avec des enfants légitimes pour leur enlever la totalité de la quotité disponible.

Ces auteurs ajoutent que la raison de diverses cours d'appel s'est révoltée contre un pareil résultat, et en annulant la reconnaissance faite au profit de l'enfant, elles en ont tourné contre lui

¹ *Journal du Palais*, t. 1^{er}, 1841, p. 369.

² D. P., 46, 1, 345.

les effets pour réduire l'institution à de simples aliments. Si le premier système est plus conforme aux principes de la loi, le second convient mieux aux règles de la morale ¹.

Il n'y a, en matière de législation, d'autre règle de morale, pour les tribunaux surtout, que celle qui se résume dans l'application stricte de la loi, dans son observance religieuse. Ne pas se conformer à cette règle, c'est se jeter dans l'arbitraire, c'est se placer au-dessus de la loi, ce que rien ne saurait jamais justifier.

Serait-il vrai, d'ailleurs, que la loi aurait méconnu la morale, que le système de la cour de cassation en violât les règles? Nous avons d'abord laissé parler le législateur, qui nous a appris que ses dispositions n'ont été sanctionnées que par respect pour la morale. Écoutez maintenant la cour de cassation nous indiquer ses motifs par l'organe d'un de ses membres les plus distingués.

Lors de l'arrêt de 1846, le rapporteur Mesnard disait à la cour : Dans l'interprétation que vous avez donnée à l'article 335, et dans l'application rigoureuse que vous faites de la nullité qu'il prononce, vous avez été guidés par un intérêt encore plus élevé que celui de la famille, vous avez senti que cet article 335 contenait une règle de haute moralité, un principe d'honnêteté publique, qui ne devait transiger qu'avec la force majeure. Vous avez compris que, du moment où, par l'effet d'une reconnaissance effrontée d'une paternité adultérine, un droit quelconque, au profit ou au préjudice de l'enfant adultérin, pourrait être exercé, l'exercice de ce droit serait un scandale public. Pénétrant dans l'intention du législateur, qui avait essentiellement en vue de mettre la sainteté du mariage à l'abri de cette profanation, vous avez décidé qu'en aucun cas la reconnaissance d'un enfant adultérin ne pourrait produire d'effet, soit contre l'enfant pour faire réduire à de simples aliments les donations faites en sa faveur, soit à son profit pour faire condamner l'auteur de cette reconnaissance à lui fournir des aliments.

N'en déplaise à Teulet et Dauvilliers, c'est là aussi de la morale, et celle-ci a du moins sur l'autre l'incontestable avantage de se conformer aux principes et d'obéir à la loi.

Comment ces auteurs peuvent-ils approuver ce qu'ils déclarent eux-mêmes être contraire aux principes? Ils savent cependant que les tribunaux n'ont d'autre mission que de les appliquer. S'ils leur paraissent blesser l'équité et la morale,

ils peuvent les signaler à la sollicitude du législateur, en solliciter la réforme. Mais en attendant que le législateur ait avisé, refuser d'y souscrire, c'est usurper un pouvoir qui n'appartient pas à la justice, et sortir des limites dans lesquelles se restreint sa juridiction.

1581. — Certes, personne ne se montre plus effrayé de la doctrine de la cour de cassation que Chardon; nul ne la juge aussi sévèrement. Pour Chardon, en effet, cette doctrine arrive à un immense scandale; elle doit, dans un temps prochain, amener la ruine du mariage, le mépris de la religion, l'aneantissement de la civilisation ²; et de tout cela que va-t-il conclure? qu'il faut désobéir à la loi, à laquelle il reconnaît que cette doctrine se conforme? Non certes, ce qu'il se contente de faire, c'est d'émettre le vœu d'une réforme. Cette conclusion aurait dû être celle de tous ceux qui partagent ces craintes fort heureusement chimériques, celle surtout de ceux qui ont mission d'appliquer la loi.

1582. — Quoi qu'il en soit, les auteurs de la jurisprudence que nous combattons cherchent à la justifier à l'aide d'arguments plus ou moins spécieux. Les deux plus importants invoqués à cet effet consistent à prétendre : 1^o que la donation fondée sur une paternité adultérine ou incestueuse a une cause illicite et doit être annulée par application de l'article 1151 du Code civil; 2^o que cette donation est indivisible de la reconnaissance de la paternité; que par conséquent la nullité de celle-ci détermine forcément la nullité de l'autre.

Marcadé ³ répond au premier que la qualité d'enfant n'est pas la cause immédiate de la libéralité; que cette cause réside exclusivement dans la volonté de donner; et qu'à l'égard du motif qui détermine la volonté de donner, et qui forme ainsi la cause médiate de la libéralité, il est et doit être sans influence sur la validité de la disposition.

Les annotateurs de Zachariæ ⁴ répondent au second que cette prétendue indivisibilité n'est qu'un pur sophisme, car il s'agit ici de deux actes juridiques, distincts l'un de l'autre, et qui n'ont rien de commun, si ce n'est de se trouver dans un même acte instrumentaire. Ainsi, rien n'empêche d'écarter la reconnaissance comme entachée de nullité, et de maintenir la disposition dans son intégrité, comme faite en faveur d'une personne dont l'incapacité ne se trouve pas

¹ Codes annotés, art. 335, n^o 91 et suiv.

² Du Droit de la Fraude, t. III, p. 33 et suiv.

³ Éléments du droit civil, art. 762.

⁴ T. IV, p. 93, note 7.

légalement justifiée. En vain essaierait-on de se soustraire à cette conséquence, en invoquant l'article 1131, et en attaquant la disposition comme étant fondée sur une cause illicite, comme étant dépourvue de cause. En effet, la reconnaissance une fois écartée comme illégale, il n'existe plus, aux yeux de la loi, de preuve de la filiation. On ne peut donc présenter la disposition comme fondée sur une cause illicite, pour ce qui excède les aliments dont il est permis de disposer en faveur des enfants adultérins ou incestueux. D'un autre côté, on ne peut l'attaquer comme dépourvue de cause, parce qu'une disposition à titre gratuit ne requiert d'autre cause que la volonté de gratifier celui au profit duquel elle est faite.

1583. — Ces réponses nous paraissent décisives autant que péremptoires; elles dissipent les voiles dont s'enveloppe le refus d'appliquer la loi. Nous n'hésitons donc pas à conclure que la seule doctrine légale sur la portée réelle des articles 335 et 762 est celle à laquelle la cour de cassation s'est dès longtemps arrêtée, à savoir : que la prohibition consacrée par le premier est d'ordre public, qu'en conséquence toute reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est frappée d'une nullité radicale et absolue; qu'elle est censée n'avoir jamais existé, et ne peut dès lors créer un droit quelconque pour ou contre l'enfant;

Que l'article 762 n'est applicable qu'aux enfants adultérins ou incestueux, reconnus tels par le résultat d'une poursuite ou d'un jugement n'ayant pas eu pour objet la recherche de l'adultère ou de l'inceste sévèrement interdite par l'article 342.

1584. — Dans le cas où, sans l'avoir recherchée, on arrive à constater une filiation adultérine ou incestueuse, le père est absolument incapable de donner, et le fils de recevoir au delà des aliments dont l'article 765 règle les proportions. Conséquemment, toute donation à l'effet d'éluder, sur ce point, l'intention formelle du législateur, serait de plein droit réductible.

Il importerait peu que cette donation se fût déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. La simulation ne peut jamais servir à triompher d'une prohibition d'ordre public. Elle est nulle comme le serait l'acte qu'elle a pour but de masquer, s'il avait été fait directement. Cette nullité pourrait être prouvée par témoins, même par la partie ayant coopéré à la simulation.

1585. — La loi s'est montrée moins sévère pour les enfants naturels simples. L'état de liberté du père et de la mère atténue leur faute

aux yeux même de la morale, et la loi permet d'en effacer toutes les conséquences en autorisant la légitimation par mariage subséquent.

Cette légitimation, la loi l'appelle de tous ses vœux, mais prévoyant le cas où elle ne se réaliserait pas, le législateur a dû s'occuper de fixer le sort des enfants naturels.

Le respect dû au mariage, l'importance de la famille qui en naît, ne permettaient pas d'assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes. Les fruits d'une union consacrée par la loi et par la religion devaient être largement préférés. Voici comment le législateur y a pourvu.

1586. — L'article 334 permet aux parents de reconnaître l'enfant naturel. Cette reconnaissance purement facultative peut se réaliser alors même que son auteur est engagé dans les liens du mariage avec un autre que le père ou la mère de l'enfant. Il suffit qu'à l'époque de la naissance ou de la conception de l'enfant ainsi reconnu, il fût libre de pareils engagements.

Cette reconnaissance faite au moment de la naissance de l'enfant peut résulter de l'acte civil qui la constate; à défaut, elle peut être faite par tout autre acte, pourvu que l'acte ait été reçu en la forme authentique. Remarquons, en effet, qu'en présence des termes exprès de l'article 354, la reconnaissance sous seing privé, quelque certaine qu'en fût la date, ne saurait produire le moindre effet.

1587. — Nous venons de dire que l'époux peut, pendant le mariage, reconnaître un enfant naturel qu'il aurait eu, avant le mariage, d'un autre que de son conjoint. Cette faculté la femme peut l'exercer sans avoir besoin de l'autorisation de son mari.

1588. — Quelque grave que soit un acte de cette nature, quelque compromettantes qu'en puissent être les conséquences, la loi a été amenée à en suspecter la sincérité. Elle s'est donc préoccupée du cas où la reconnaissance ne serait due qu'à une idée de vengeance et de haine contre l'autre époux ou contre les enfants nés du mariage; l'article 337 répond à cette prévision. Il décide que la reconnaissance, que fait l'un des époux pendant le mariage, ne saurait nuire ni à l'époux, ni à l'enfant; ainsi l'enfant naturel, qui en a été l'objet, ne pourra rien prétendre sur la succession de l'époux même dont elle émane. La question de savoir s'il peut au moins demander des aliments est même diversement résolue¹. Loiseau enseigne que le père devrait ces aliments même sur les biens de la commu-

¹ Cass., 27 août 1811; Toulouse, 6 mai 1826.

nauté, parce que, chef de cette communauté jusqu'à la dissolution du mariage, il a le droit d'en aliéner ou d'hypothéquer les biens; mais il refuse à l'enfant le droit d'en obtenir après la mort de son père, parce qu'alors, et contrairement à l'article 337, la reconnaissance nuirait aux enfants légitimes, s'ils pouvaient être contraints à satisfaire aux aliments¹.

1389. — La disposition de l'article 337, ayant uniquement pour objet de prévenir une fraude, devient inapplicable lorsque, par la manière dont elle s'est produite, la reconnaissance exclut formellement toute idée de fraude. Cette évidence est acquise lorsque la maternité résulte d'un jugement contradictoirement rendu contre l'épouse à la requête du mari, de ses héritiers, de l'enfant lui-même.

En effet, le mari peut désavouer l'enfant pour naissance précoce, ses héritiers peuvent en contester la légitimité, pour cause de naissance tardive; la réussite de l'une ou de l'autre de ces actions confère à l'enfant la qualité d'enfant naturel simple, puisque, dans toutes les deux, l'époque de la conception se place hors du mariage, et la maternité de l'épouse est indubitable. Toute idée de fraude disparaît également, car la filiation imposée à l'enfant est bien loin d'être pour lui un avantage, elle lui enlève les droits de la légitimité et le réduit à la qualité d'enfant naturel.

D'autre part, la recherche de la maternité étant admise, l'enfant peut, dans les formes et conditions voulues par la loi, faire constater celle qu'il impute à une femme mariée depuis. Il est évident, dans cette hypothèse, que l'existence du mariage ne peut être un obstacle à ce qu'il jouisse des droits que le gain de son procès lui confère.

En conséquence, dans l'un comme dans l'autre cas, l'article 337 reste sans application. Cet article ne prévoit que la reconnaissance purement volontaire, et non celle qui résulterait de la force des choses, et comme conséquence d'un jugement contradictoirement obtenu².

1390. — La reconnaissance régulièrement faite est irrévocable, son bénéfice est désormais assuré, mais elle pourrait être annulée s'il était prétendu et prouvé qu'elle a été le fruit de la violence, de la fraude ou du dol. Il importe, en effet, qu'un acte aussi important soit le fruit d'une volonté spontanée et libre. Les principes

généraux, en matière de contrats, lui sont incontestablement applicables. Conséquemment les vices du consentement, annulant ceux-ci, feraient rétracter la reconnaissance³.

1391. — Mais l'enfant n'est pas forcé de subir la reconnaissance dont il est l'objet, il lui appartient de la contester et de la faire repousser. Il peut, en effet, avoir un intérêt sérieux à ne pas avoir pour père l'auteur de cette reconnaissance, et c'est dans ce sens que le droit romain exigeait son consentement pour la validité de la reconnaissance : *Inriti filii naturales non rediguntur in patriam potestatem*⁴.

1392. — En droit français, la nécessité de ce consentement a été appuyée sur le motif qu'en matière de reconnaissance, la plus exacte réciprocité devrait régner entre le père et le fils. Le premier ne pouvant jamais être contraint à reconnaître, on ne devrait pas forcer le second à être reconnu, avec d'autant plus de raison que cette reconnaissance tardive peut n'être que l'effet d'un calcul difficile à déjouer.

Cependant cette solution répugne à notre législation. La reconnaissance peut avoir lieu dans l'acte de naissance même. Comment, dans ce cas, se préoccuper du consentement de l'enfant? Comment exiger de lui un refus ou une opposition? Renvoyer cette reconnaissance jusqu'à l'époque où il sera capable de l'un ou de l'autre, c'était, dans bien des cas, nuire gravement à l'enfant, et lui enlever le bénéfice de la naturalité par le prédécès de ses père et mère. Cependant cette mesure devenait indispensable si on avait admis la nécessité de son consentement. En conséquence, la faculté de reconnaître dans l'acte de naissance indique que le Code n'a pas voulu se conformer à la législation romaine.

La réciprocité, en faisant la base, quelque équitable qu'elle paraisse, n'était pas possible en fait, car la position des parties est fort loin d'être égale. Il n'y a de certitude possible sur le fait de la paternité que par l'aveu qu'en fait son auteur. Jusqu'à cet aveu on peut se livrer à telles ou telles conjectures, mais arriver à la vérité sincère et réelle est à peu près impossible. Donc, la déclaration du père est indispensable. Telle n'est pas, à beaucoup près, la position du fils; le fait qu'il s'agit de rechercher a nécessairement précédé sa naissance. Sur quelles données s'appuierait-il donc pour l'établir ou le contester? Cette inégalité forcée dans les moyens devait en amener une

¹ *Des Enfants naturels*, p. 435.

² Toullier, t. II, n° 958; Duranton, t. III, n° 235; Rennes, 29 mai 1829 et 20 mai 1869; Rennes, 22 mars 1810; cass.,

24 novembre 1830.

³ Paris, 16 décembre 1835.

⁴ L. II, Dig., de his qui sui vel alieni juris sunt.

dans le pouvoir de constater, le fait, c'est ce qui a fait admettre d'une part la reconnaissance du père dès qu'elle se manifeste; repousser de l'autre toute recherche et conséquemment toute action du fils en déclaration de la paternité. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant ne pouvait être que l'écho de sa mère, et l'on en revenait à cette règle odieuse et injuste : *Creditur virgini paternitatem asserenti*.

Mais, est-ce à dire par là que l'enfant est condamné à se courber sous une reconnaissance pouvant n'être que l'effet d'un calcul et non l'expression de la vérité? Non, évidemment; l'article 339 laisse la faculté de contester la reconnaissance à toutes les parties intéressées, et de plein droit l'enfant se place à la tête de celles-ci. Il est donc recevable à la discuter et à justifier que sa déclaration est une fausseté devant disparaître¹. Il le serait surtout si, déjà en possession de la qualité d'enfant naturel simple, la reconnaissance du père devait avoir pour effet de lui imprimer le caractère d'enfant adultérin ou incestueux. Dans ce cas, la reconnaissance serait nulle de plein droit.

1593. — Mais une difficulté sérieuse, que fait surgir l'application de cette règle, est celle de savoir si la charge de prouver la fausseté de la déclaration incombe à l'enfant. Toullier se prononce pour l'affirmative. Puisque, dit-il, la reconnaissance n'exige ni le concours, ni le consentement de l'enfant, la contestation qui en est faite est une demande principale, ordinaire, que son auteur est tenu de justifier. On ne peut faire fléchir ce principe en faveur de l'enfant.

La cour de Rouen, saisie de la question, ne l'a pas résolue. Un arrêt, qu'elle a rendu le 15 mars 1826, décide seulement qu'en cas de contestation, l'acte de reconnaissance n'établit, sur la paternité, qu'une présomption qui peut être détruite par d'autres présomptions de même nature. En ce cas, la preuve de la paternité ou de la non-paternité ne doit pas être mise à la charge exclusive de l'une ou de l'autre des parties, les juges doivent se déterminer d'après les circonstances de la cause.

1594. — Mais la cour de Montpellier a formellement abordé la question, et l'a nettement tranchée à l'aide de la distinction suivante : Lorsque la reconnaissance de l'enfant est contenue dans l'acte de naissance, ses effets ne peuvent être détruits que par la preuve de sa fausseté, et cette preuve incombe à l'enfant ; il en

est autrement lorsque la reconnaissance est postérieure à l'acte de naissance. Dans ce cas, cette reconnaissance, si elle est contestée, doit être appuyée de preuves venant attester la sincérité du fait qu'elle contient².

1595. — Cette distinction nous paraît juridique et sage. Elle se conforme à l'esprit général de notre législation, en matière de fraude. En effet, nous l'avons fait remarquer déjà, plus la fraude acquiert de facilités, plus elle est possible, et plus la méfiance de la loi et sa sollicitude augmentent. Or, la reconnaissance sera contestée comme n'étant que l'effet d'un calcul odieux, d'un intérêt sordide. Mais de pareils reproches se conçoivent peu, lorsque cette reconnaissance se trouve dans l'acte de naissance. L'avenir incertain de l'enfant, l'impossibilité de savoir si la reconnaissance sera un bénéfice et non une charge, lui impriment un caractère de vérité tel, qu'elle ne le perdra que par la preuve contraire, que l'enfant est admissible à fournir.

Mais il n'en est plus de même lorsque la reconnaissance s'éloigne du moment de la naissance. On doit se montrer d'autant plus difficile à l'admettre, que la position de l'enfant sera plus ou moins fixée, qu'il sera plus facile de prévoir son avenir. Alors les reproches de calcul et de spéculation deviennent plus ou moins vraisemblables et une juste méfiance doit remplacer la faveur que mérite la première hypothèse. Alors aussi, le père prétendu a à justifier son long silence, son changement de conduite, à apporter, enfin, à l'appui de sa déclaration, des faits la corroborant et de nature à en appuyer la vérité. Nous le répétons donc, la solution de la cour de Montpellier est frappée au coin de la légalité et de la raison.

1596. — La reconnaissance définitivement acquise a pour effet de soumettre, dans les limites tracées par la loi, la personne et les biens de l'enfant à la puissance paternelle. Elle oblige le père ou la mère à fournir des aliments, même après la majorité de l'enfant, s'il est dans le besoin ; enfin, elle donne à ce dernier le droit de se présenter à la succession et d'y recueillir la quote-part qui lui est formellement réservée.

Il suit de la détermination que la loi a faite de cette réserve, que l'enfant naturel ne peut rien recevoir au delà. C'est ce que, d'ailleurs, le législateur a cru devoir rappeler expressément

¹ Rouen, 15 mars 1826; Nîmes, 2 mai 1837; *Journal du Palais*, t. II, 1837, p. 263; Toullier, t. II, n° 269.

² 11 avril 1826.

dans l'article 908. C'est là une véritable incapacité que le désir de multiplier les mariages, en en favorisant les fruits légitimes, a dû faire consacrer.

1397. — Les effets de cette incapacité ne sont pas la nullité absolue des dispositions faites en faveur de l'enfant naturel. Ils se bornent à la réduction jusqu'à due concurrence de la réserve à laquelle il a droit de prétendre.

1398. — Cet effet, quoique restreint, suffira quelquefois pour inspirer la pensée de recourir à une simulation pour en éluder l'application, mais rappelons-nous qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce que la loi prohibe d'accomplir directement. Ainsi, la libéralité, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, n'échappera pas à la réduction, à la nullité complète, si, indépendamment et en dehors de cet acte, l'enfant naturel est couvert de sa réserve.

1399. — L'une et l'autre pourront incontestablement être poursuivies par les héritiers. Mais le père pourrait-il, de son chef, demander la rétractation de l'acte simulé ?

La négative nous paraît devoir être admise, non pas toutefois au point de vue de la complicité de la fraude, et par application de la maxime *nemo auditur*, etc. En effet, la fraude, dans cette circonstance, aurait pour effet de violer une loi d'ordre public, ce qui, comme nous l'avons dit, autorise la partie à en faire prononcer la nullité, après en avoir établi l'existence par la preuve testimoniale.

Mais ce qui rend la demande du père irrecevable, c'est, d'une part, que, pendant la vie, il est maître absolu de ses biens; qu'il peut en disposer ainsi qu'il l'entend, sans que ses héritiers, même légitimes et directs, aient à s'immiscer dans le mode d'administration qu'il lui plaît choisir, ni à redire contre les actes qu'il souscrit. Pouvant donc donner tout à un étranger, il peut également le donner à l'enfant naturel, sauf le droit de ses héritiers dans l'un et l'autre cas. Dès lors le père, n'étant pas incapable de disposer directement, a sans contredit valablement pu le faire par la voie indirecte.

D'autre part, l'enfant naturel n'est atteint d'aucune incapacité relativement aux biens de son père, tant que celui-ci existe. Jusqu'au décès, il possède ces biens en vertu d'une délégation régulière que le père pouvait ne pas consentir, mais qui, l'ayant été, devient obligatoire pour lui comme pour tous, à un titre incontestable.

Comment, en effet, du vivant du père, établir

que la libéralité excède ou non la réserve de l'enfant naturel, et dans quelles proportions ? Mais cette réserve ne sera déterminée qu'au décès et par la qualité des héritiers appelés à recueillir la succession. Les héritiers présomptifs, au moment de la simulation et de la libéralité, pourront précéder de telle sorte, que par l'absence de tous représentants au degré voulu, l'enfant naturel verra sa réserve se composer de l'intégralité de l'hérédité. Comment donc comprendre, en l'état de cette incertitude, que quelqu'un pût demander la réduction d'une libéralité que l'événement peut rendre inattaquable ?

Ainsi la question de savoir s'il y a lieu ou non à réduction, et sur quelles bases il faut l'opérer, est nécessairement subordonnée au décès du père naturel et à la qualité des héritiers existant à cette époque. Ainsi la loi ne déclare l'enfant naturel incapable qu'au respect de cette succession. Tout ce qui est fait avant est régulier et valable. Le père ne pourrait donc, sous aucun prétexte, s'en faire relever.

1400. — Le légataire universel du père pourrait-il, après la mort de celui-ci, faire réduire les libéralités directes ou indirectes faites au fils naturel ? Non, dit Loiseau, ¹ attendu que le défunt a pu imposer à la libéralité telle condition qu'il a trouvée convenable; que la première obligation des légataires est de respecter la volonté du défunt; qu'en attaquant le legs destiné à l'enfant naturel, en en demandant la réduction, ils outragent la mémoire de leur bienfaiteur; qu'une disposition de dernière volonté est une et indivisible; qu'il faut la suivre ou la rejeter tout entière; que le légataire universel ne peut donc se dispenser d'acquiescer la charge et les legs dont il est grevé, s'il veut lui-même recueillir le montant de son institution.

Ces raisons sont loin de nous paraître concluantes. L'obligation, pour le légataire ou l'héritier institué, de respecter la volonté du testateur, est une obligation purement morale, ne créant un lien civil obligatoire que lorsque cette volonté est elle-même conforme à la loi. D'autre part, l'indivisibilité du testament est une fiction inadmissible; il y a autant de testaments distincts qu'il existe de dispositions différentes, et la validité ou la nullité de l'une d'elles ne saurait ni profiter, ni nuire aux autres.

Nous sommes, cependant, de l'avis de Loiseau, parce qu'avec lui nous dirons que la prohibition de l'article 908 n'est pas absolue; qu'elle n'existe qu'en faveur des héritiers du sang, parce qu'eux

¹ Des enfants naturels, p. 674.

seuls ont à souffrir de la disposition excessive du testateur ; qu'elle leur enlève la succession du père naturel, qui leur était légalement promise, tandis que la loi ne promettait rien au légataire, tenant tout de la volonté unique du défunt. En d'autres termes, les légataires ne succèdent qu'aux droits et actions qui se trouvent dans la succession. Or, celle en réduction des avantages faits à l'enfant naturel n'a jamais appartenu au père. Elle ne peut donc se trouver dans la succession. D'ailleurs, si les héritiers légitimes renoncent, la portion de l'enfant naturel augmente à chaque degré ; même, à défaut absolu d'héritiers légitimes, la disponibilité du père est de l'intégralité de la succession. Sous tous ces rapports, les légataires universels ou autres n'ont aucune réduction à rechercher, ni aucune demande en nullité à former, quand l'héritier du sang garde le silence.

1401. — Il n'en serait pas de même pour les incapables dont parle l'article 909. Le fondement de la nullité est tout autre. Le père naturel cherche à éluder la loi par un sentiment d'affection que la loi condamne, non en ce qui le concerne lui-même, mais seulement à l'endroit de ses héritiers légitimes. La libéralité faite aux incapables de l'article 909 est censée le produit d'une influence dolosive, et, si cet article prévoit la mort de son auteur, c'est moins pour priver celui-ci du pouvoir de réclamer que pour préciser la condition de l'existence de la présomption de fraude qu'elle autorise.

Ainsi, la libéralité dolosive est, par rapport à son auteur, ce qu'elle est à l'égard de ses héritiers. Revenu à la santé, le premier pourra, comme ses héritiers le feraient, s'il venait à mourir, en poursuivre la nullité.

Nous n'avons pas à nous occuper du cas où la libéralité a été consentie sous la forme testamentaire. La faculté de refaire le testament est exclusive de toute obligation de s'adresser à la justice.

Mais s'il s'agit d'une donation entre-vifs, directe, ou déguisée, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, rien ne pourrait l'empêcher d'en poursuivre la nullité, et il lui suffirait, pour l'obtenir, de prouver que le prétendu contrat onéreux n'est qu'une libéralité ; que cette libéralité a été faite pendant la maladie, et, comme telle, légalement présumée dolosive et frauduleuse.

L'auteur de la libéralité pouvant en poursuivre la nullité, l'action existe dans sa succession et peut être exercée par tous légataires ou héritiers, comme par les héritiers du sang.

CHAPITRE III.

FRAUDES CONTRE LES TIERS.

SOMMAIRE.

1402. — Matière du chapitre.

1403. — Quelles sont les personnes désignées sous la dénomination de tiers ?

1404. — Division.

1402. — Nous avons vu jusqu'à présent la loi, mue par des idées d'équité et de justice, venir au secours des parties contractantes et autoriser celle que la fraude a voulu léser, non seulement à se faire indemniser du préjudice qu'elle a souffert, mais encore à demander d'être relevée de ses propres engagements.

S'occupant ensuite de l'inviolabilité des prescriptions que l'ordre public ou l'intérêt général lui a dictées, nous l'avons vu proscrire d'une manière absolue toutes les simulations à l'aide desquelles on tenterait de les éluder, et, pour pouvoir plus sûrement les atteindre, permettre aux parties de lui en signaler l'existence, de la prouver même par témoins, malgré que chacune d'elle ait assumé sa part de responsabilité dans la violation de ses volontés.

Mais ce n'était pas tout que de veiller à ce double et puissant intérêt. Il en existait un troisième qui se recommandait à toute sa sollicitude, parce qu'il était encore plus lucralement menacé. Nulle part, en effet, la fraude n'était plus facile, plus prochaine que dans l'hypothèse qui nous reste à examiner ; nous voulons parler de la simulation pour tromper les tiers.

1403. — Les tiers sont non-seulement les créanciers, mais encore, et dans certaines circonstances, la femme, les enfants, les parents successibles de l'auteur de la fraude. Les premiers ont le droit de compter, pour le paiement de ce qui leur est dû, sur l'universalité de la fortune de leur débiteur que la loi a expressément affectée à cette destination. Cela s'entend non-seulement des biens présents, mais encore de tous ceux que le débiteur sera appelé à recueillir plus tard. Tenter de diminuer, d'altérer ce gage, refuser de l'augmenter, c'est attenter à des intérêts légitimes et compromettre des droits d'autant plus sacrés qu'ils n'ont été contractés que sous la foi des garanties formelles que leur promettait la loi.

D'autre part, la femme a droit soit à la restitution de ses dot et reprises, soit à une part égale dans la communauté. Les enfants sont appelés à prendre dans la succession de leurs parents une part déterminée par la loi. Enfin les succes-

sibles eux-mêmes sont préférés à certaines incapacités. En conséquence, tout ce qui tend à léser ces divers droits est de nature à violer non-seulement la loi, mais encore à occasionner un grave préjudice. C'est ce double but que se propose ordinairement la simulation.

1404. — Comment assurer cependant l'exécution de la loi, si les personnes menacées par la fraude ne pouvaient de leur chef se plaindre de la simulation et la faire annuler? Le législateur, placé en présence de cette difficulté, ne pouvait la résoudre logiquement qu'en accordant l'action que ce double but rendrait indispensable. C'est cette action que nous allons examiner dans son origine, dans sa nature et dans son caractère; dans les conditions imposées à son exercice; dans le mode de preuves qu'elle exige; enfin, dans les effets suivant le contrat qui est argué de simulation.

SECTION I.

ORIGINE, NATURE ET CARACTÈRE DE L'ACTION.

SOMMAIRE.

1405. — Fondement équitable de l'action.
 1406. — N'existait pas dans l'ancien droit romain qui affectait à la dette la personne plutôt que les biens du débiteur.
 1407. — Première modification introduite; faculté pour les créanciers de se faire mettre en possession des biens de leur débiteur.
 1408. — L'insuffisance du ce palliatif amena enfin le préteur Paul à créer l'action révoctoira, qui a gardé son nom.
 1409. — Véritable caractère de cette action, son étendue restreinte aux actes d'aliénation.
 1410. — Caractère de l'action considérée par les Pandectes comme personnelle *in factum*, elle est qualifiée de réelle dans les Institutes.
 1411. — Délai de quatre ans institué par Justinien au délai primitif de deux ans.
 1412. — Cette action était bien plus utile en droit romain qu'en droit français. — Pourquoi?
 1413. — Elle fut néanmoins admise par celui-ci, qui assimila le refus d'acquiescer à l'aliénation.
 1414. — Motif et développement de cette modification.
 1415. — Le Code civil a définitivement consacré la doctrine de notre ancien droit.

1405. — L'action des tiers, contre la fraude dont ils sont victimes, est une conséquence de la protection due à tous les intérêts légitimes, une émanation de ce devoir de haute moralité et de saine justice, se résumant dans ce sublime précepte : *sum cuique tribuito*. Elle n'a, en effet, d'autre objet que de prévenir et d'empêcher ces entreprises odieuses qui, tout en foulant aux pieds les prescriptions de la loi, causent à autrui un préjudice injuste et déloyal. Qu'un débiteur ait à se plaindre d'un créancier, sa plainte doit

être déferée à la justice, et pleine satisfaction lui sera accordée, si elle repose sur des griefs fondés. Mais que sous ce prétexte, s'élevant lui-même en juge souverain, il réduise par des coupables manœuvres ses créanciers à perdre tout ou une notable partie de ce qui leur est dû; que, au lieu, le plus souvent, par le seul désir de ne pas payer, il se constitue dans un état apparent d'insolvabilité, à l'aide de contrats simulés ou frauduleux, c'est ce qui ne pouvait être souffert sans une monstrueuse iniquité.

Pouvait-on mieux tolérer que, dans le but de s'enrichir personnellement, un mari disposât du patrimoine de sa femme? Qu'égaré par des sentiments de haine ou d'affection, un père de famille fit passer sur une tête étrangère ce qui doit appartenir à tous ses enfants, ou réunit sur l'un d'eux la plus grande partie du patrimoine commun? Qu'obéissant à une tendresse illégitime, il outre-passât, au détriment de ses héritiers naturels, les bornes que la loi lui a formellement assignées?

Aucune de ces questions ne pouvait être douteuse pour le législateur, et c'est dans la solution qu'il leur a donnée que se trouve l'origine de l'action autorisée aujourd'hui par l'article 1167.

1406. — Cette action n'existait pas dans le droit romain primitif. Ce n'est pas cependant que le premier législateur de Rome eût méconnu les notions d'équité qui en font la base; son silence était la conséquence unique de la manière dont il avait considéré les effets des obligations. Les débiteurs répondaient de leur dette, non sur leurs biens, mais sur leur personne. De telle sorte que l'impossibilité de rembourser les rendait esclaves de leur créancier.

A leur mort, leurs héritiers nécessaires étaient soumis à la même condition, comme *autinsens personam defuncti*, mais ils pouvaient obtenir du préteur la faculté de ne pas s'immiscer dans la succession. L'hérédité se trouvait alors déferée aux héritiers étrangers, mais ceux-ci, ne voulant pas être tenus *ultra vires*, n'acceptaient qu'en tant qu'il intervenait une transaction par laquelle les créanciers, voulant empêcher une répudiation qui leur eût tout enlevé, consentaient à abandonner une partie plus ou moins forte de ce qui leur était dû.

1407. — Cet état de choses, et les réclamations qu'il excitait, conduisirent à penser que le patrimoine ne devait pas être séparé de la personne, et qu'après tout, il convenait mieux que les débiteurs payassent de leurs biens plutôt que de leur personne. On considéra dès lors les premiers

comme tacitement engagés. Cette importante modification dans le caractère de l'obligation en amena une dans l'exécution. A la mort du débiteur, les créanciers eurent la faculté de se faire mettre en possession des biens, faculté qu'on édit du prêteur Publius Rutilius permit bientôt d'exercer du vivant même du débiteur. Cette mise en possession prononcée, un curateur était nommé, qui exerçait les actions et liquidait dans l'intérêt des créanciers.

1408. — Mais ce ne fut là qu'un palliatif insuffisant, la mise en possession ne portait que sur les biens réellement existants au moment où elle était prononcée. Tout ce qui avait été aliéné jusque-là était définitivement perdu pour les créanciers. Or, on comprend que ce danger d'expropriation planant sans cesse sur le débiteur, celui qui voulait frauder ses créanciers mettait le temps à profit, et que de nombreux et importantes aliénations avaient singulièrement réduit le gage, lorsqu'il arrivait dans la possession des créanciers.

On voulut d'abord, dans leur intérêt, appliquer à ces aliénations l'interdit restitutoire. Mais cet interdit ne pouvait avoir lieu qu'en matière de vente et qu'en tant que la mauvaise foi de l'acheteur était établie. La marge restait donc encore assez belle pour la fraude, et elle savait l'exploiter.

C'est alors enfin que le prêteur Paul imagina l'action qui a gardé son nom, et suivant laquelle le curateur aux biens, ou les créanciers eux-mêmes, purent attaquer tous les actes faits en fraude de leurs droits. Voici les termes de cet édit, tels que le Digeste nous les a transmis : *Quæ fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum, vel ei qui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo*¹.

1409. — Ulpien explique ainsi la portée de cette loi : *At prætor quæ fraudationis causa gesta erunt. Hæc verba generatim sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factum, vel alienationem, vel quæcumque contractum. Quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis vocari quæcumque fuerit, nam late ipsa verba patent. Sive ergo rem alienavit, sive acceptilationem, vel pacto, aliquem liberavit.*

Il est à remarquer que cet édit ne s'appli-

quait qu'aux actes d'aliénation proprement dits, ayant pour effet de diminuer le patrimoine acquis du débiteur. Le refus de l'augmenter, et conséquemment la répudiation d'une succession, d'un legs, d'une légitime, etc., n'ayant pas ce caractère, ne pouvait donner la matière d'une action : *Nec propria alienari intelliguntur, qui dumtaxat omittunt possessionem*².

Sans doute, dit Voet, il y a fraude contre les créanciers par l'omission d'acquiescer. Cependant on ne saurait assimiler le refus fait d'augmenter son patrimoine à l'aliénation qu'on en fait pour le diminuer et le faire disparaître, et la loi ne prévoit que celle-ci³.

Ainsi, en droit romain, la fraude donnant ouverture à l'action paulienne, ne consistait que dans la disposition des biens ou droits actuellement et réellement possédés par le débiteur. Il importait peu que cette disposition eût été active ou passivement soufferte. Il suffisait que les biens et les droits eussent été volontairement diminués ou perdus pour qu'on fût recevable à se pourvoir. En conséquence, on assimilait à une aliénation la désertion d'une instance, soit que, défendeur, on ne se fût pas présenté, soit que, demandeur, on eût laissé acquiescer la péremption et la prescription de l'action; le non-usage d'une servitude ou d'un usufruit, l'obligation ou la libération d'un débiteur consentie par fraude, l'exception accordée, ou la délation du serment litisdécisoire; en un mot, tous les actes entraînant comme conséquence que le débiteur n'aura plus après ce qu'il avait avant⁴.

1410. — Dans les Pandectes, l'action paulienne est qualifiée d'action personnelle et *in factum*. Ce qui la produit, eu effet, c'est la fraude que le débiteur a commise et dont les créanciers demandent la réparation. Il est vrai qu'à ce titre on parvient à faire rentrer dans la possession du débiteur les biens qu'il avait aliénés, et cette conséquence a été signalée comme pouvant donner à l'action un caractère de réalité, mais cette opinion est énergiquement réfutée par Voet : *Falluntur quibus placuit eam actionibus in rem accenseri oportere, cum non nascatur ex aliquo jure in re, longe minus ex jure domini. Quippe quod creditoribus fraudatis non per missionem quidem in possessionem queritur, sed tantum ex aliquo facto improbo, nempe fraude non modo alienantis, sed vel præcipue ejus, in quem alienatio facta fuit.*

C'est cependant cette erreur que Justinien

¹ L. 1, Dig., *quæ in fraudem credit.*

² L. 119, Dig., *de reg. juris.*

³ *Ad Pandectas*, l. 42, t. VIII, n° 16.

⁴ L. 3 et 4, Dig., *quæ in fraud. credit.*

aurait lui-même commise. Nous trouvons, en effet, dans les *Institutes*¹, placée au nombre des actions réelles, celle accordée aux créanciers pour faire rentrer, sous la possession de leur débiteur, les choses qui en sont sorties en fraude de leurs droits. C'est ce qui fait dire à Pérézius que l'action, personnelle par rapport aux créanciers, peut être considérée comme réelle eu égard aux droits de propriété que le débiteur avait sur les biens aliénés et, en quelque sorte, revendiqués par les créanciers².

1411. — Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de remarquer, c'est que Justinien porta à quatre années le délai de l'action, qui n'était d'abord que d'un an.

1412. — Il n'est pas douteux, comme l'observe Domat³, que l'action paulienne ne fût en droit romain d'une bien plus haute utilité que sous l'empire du droit français. Dans le droit romain, en effet, on contractait souvent sans écrit, et l'hypothèque elle-même pouvait s'acquiescer par une convention verbale⁴. Les fraudes étaient donc plus faciles et devaient être bien plus nombreuses que sous une législation exigeant qu'il fut passé un acte écrit pour toute obligation excédant 150 fraucs et ne reconnaissant plus d'hypothèques verbales.

1413. — Néanmoins, l'action fut admise non-seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans tous les pays coutumiers, dont la coutume n'avait rien statué à cet égard; et loin d'y apporter aucune restriction, le droit français l'étendit en plaçant dans la catégorie des actes susceptibles de l'engendrer ceux par lesquels le débiteur refusait d'augmenter son patrimoine.

1414. — Cette modification puisait sa source dans ce double principe : 1° les créanciers ont du compter, pour le remboursement de ce qu'ils prêtent, non-seulement sur les biens présents du débiteur, mais encore sur ceux qu'il serait appelé à recueillir dans l'avenir; 2° par l'effet de la saisine, les biens de l'héritier appartiennent réellement à l'héritier. Conséquemment, on considéra la renonciation de celui-ci comme diminuant, en fait, son patrimoine et comme trompant les justes prévisions de ses créanciers.

La jurisprudence n'en resta pas là, et bientôt ce qu'elle décidait pour une succession, elle l'admit pour la renonciation à un legs, à une

légitime, à une substitution, à une communauté, enfin à celle à un usufruit légal ou conventionnel, au droit d'opposer une prescription acquise⁵.

1415. — Tel était l'état de la législation lorsque parut le Code civil. D'une part, le droit romain proscrivant toute faculté de diminuer ou d'aliéner le patrimoine actuel par quelque moyen que ce fût; d'autre part, le droit français s'appropriant cette prohibition et y ajoutant, en considérant le refus d'acquiescer comme une véritable aliénation. Le nouveau législateur s'est prononcé dans ce dernier sens, et a, conséquemment, maintenu tout ce qu'avait fait son prédécesseur immédiat. Telle est la conclusion logique à tirer des articles 1166 et 1167.

Le premier accorde aux créanciers le pouvoir de veiller eux-mêmes et de prendre toutes les mesures nécessaires pour la conservation des droits que l'inaction de leur débiteur mettrait en péril. Il les autorise, dans ce double objet, à se subroger à tous ses droits et actions. Ils peuvent même, aux termes de l'article 778 du Code de procédure civile, requérir l'inscription pour la conservation de l'hypothèque appartenant à leur débiteur.

Si leur vigilance a été trompée, si la fraude à leur préjudice a été consommée, l'article 1167 leur permet de poursuivre la réparation du préjudice qu'ils sont dans le cas d'en souffrir. Il importe peu qu'il s'agisse de l'aliénation de l'actif actuel ou du refus de l'augmenter en s'abstenant d'acquiescer, l'action des créanciers est ouverte dans l'un et l'autre cas⁶.

SECTION II.

CONNOISSANCE DE L'ACTION.

SOMMAIRE.

1416. — L'exercice de la faculté donnée par l'article 1166 n'exige que la qualité de créancier. — Étendue de cette faculté.

1417. — La première condition pour l'exercice de l'action paulienne est également la qualité de créancier.

1418. — Droit du tiers attaqué de la discuter.

1419. — Cette qualité doit-elle avoir été acquise avant l'acte querrellé de fraude?

1420. — *Quid* si cet acte est une obligation frauduleusement contractée?

1421. — Arrêt de la cour de cassation et remarquable rapport de M. le conseiller Trépiar.

1422. — Conséquences quant au mode de constatation de la fraude.

¹ *De Act.*, § 6.

² *In Codice*, liv. VII, tit. LXXV, n° 2.

³ *Lois civ.*, liv. II, tit. X.

⁴ L. 4, Dig., de pign.

⁵ *Pothier, Succ.*, chap. III, sect. III, § 2, et *Comm.*, § 335.

Ordi. de 1747, art. 38 et 42; Bontarie, liv. IV, tit. VI, § 6, et liv. II, tit. IX; Dunod, *part. prem.*, chap. XIV, p. 116.

⁶ Voy. art. 271, 622, 788, 882, 1033, 1447, 1464 et 2225 du Cod. civ.; 474 et 873 du Code de proc. civ.; 447 et 449 du Code de commerce.

1425. — L'acte sous seing privé d'une date antérieure serait-il opposable au donataire ou à l'héritier ?
1424. — Droit de l'un ou de l'autre d'en établir la simulation.
1425. — La seconde condition pour l'exercice de l'action est la preuve de l'insolvabilité du débiteur.
1426. — La demande serait donc repoussée soit par la justification de la solvabilité, soit par l'offre de désintéresser le poursuivant.
1427. — Exception que cette condition comporte en faveur de la femme séparée agissant dans l'hypothèse de l'article 271.
1428. — Troisième condition. — Preuve de la fraude de la part du débiteur.
1429. — Serait facilement présumée pour tous les actes passés en état d'insolvabilité complète.
1430. — Distinction nécessaire entre les aliénations à titre onéreux et celles à titre gratuit.
1431. — La donation directe ou indirecte ferait présumer la fraude, au-seulement contre le donateur, mais encore contre le donataire.
1432. — Quatrième condition. — Preuve de la fraude de celui qui a traité avec le débiteur.
1433. — Fondement juridique du principe consacré par l'article 1167.
1434. — Objet et nature de l'action qu'il autorise.
1435. — L'action appartient à tous les créanciers sans distinction entre les hypothécaires et les chirographaires.
1436. — Contre qui doit-elle être intentée ?

1416. — Sous l'empire du Code, nous venons de le dire, les créanciers ont le droit de prévenir la fraude de leur débiteur ou d'en poursuivre la répression. L'exercice de ce droit entraîne donc, dans chacune de ces hypothèses, l'existence d'une action.

Dans la première, la seule condition exigée est la qualité de créancier. Cette qualité non contestée ou reconnue après contestation, le droit de celui qui se présente pour exercer les droits et actions de son débiteur, ne saurait être l'objet d'un doute.

L'unique exception que ce principe comporte, concerne les droits exclusivement attachés à la personne et que nul autre qu'elle ne saurait exercer. On reconnaît comme tels ceux qui ne passent point aux héritiers ou qui, étant de nature à s'éteindre avec la personne, ne peuvent être par elle cédés de son vivant ¹.

1417. — La condition nécessaire pour pouvoir intenter l'action de l'article 1166 est également indispensable pour celle prévue et autorisée par l'article 1167. Il faut donc, pour être recevable à l'intenter, que celui qui prétend l'exercer prouve d'abord qu'il est réellement et sérieusement créancier. Cette condition est d'autant plus rigoureuse dans cette circonstance, que la révocation à laquelle cette action aboutit pourrait

n'être poursuivie que par l'effet d'une collusion entre le prétendu créancier et son débiteur. Celui-ci, éprouvant des regrets d'avoir consenti l'acte auquel il a figuré comme partie, et ne pouvant, en cette qualité, en demander la rescision, pourrait fort bien tenter d'arriver au but de ses desirs en simulant l'existence d'un créancier qui poursuivrait cette résiliation, sous prétexte que l'acte n'a été fait qu'en fraude de ses droits.

1418. — Incontestablement, le tiers attaqué, soupçonnant cette collusion, serait recevable à en exciper et à la prouver. Ce n'est qu'après règlement préalable de ce litige, que le fond pourrait être examiné. Il est plus qu'évident que, pour qu'un contrat ait été fait en fraude d'un droit quelconque, il faut que ce droit existe. Dans notre hypothèse, l'examen de l'action révocatoire serait donc subordonné à la preuve que celui qui prétend l'exercer est un créancier sérieux et légitime.

1419. — Toute difficulté de ce genre serait impossible si la créance était authentique ou si, résultant d'un titre sous seing privé, elle avait acquis date certaine avant l'acte dont la révocation est poursuivie. C'est aussi pourquoi on a soutenu que, pour que l'action fût recevable, il fallait que la qualité de créancier eût nécessairement préexisté à l'acte qui la motive. C'est ce qu'enseigne notamment Toullier ².

Cette opinion se fonde sur les prescriptions de la loi 10, paragraphe 1, Digeste, *quod in fraudem creditorum*, dans laquelle Ulpien enseigne que les créanciers postérieurs à l'acte ne sont admis à l'attaquer que si les deniers par eux prêtés ont servi à désintéresser les créanciers antérieurs, auxquels ils se trouvent ainsi subrogés.

Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que cette loi ne parle que d'une aliénation qui a été faite en fraude des créanciers du débiteur ; si ce dernier les désintéresse et contracte des dettes nouvelles, ces nouveaux créanciers ne pourront intenter l'action révocatoire, à moins qu'ils ne soient subrogés aux anciens. Par rapport à eux, la fraude, qui revêt dans ce cas le caractère du dol, n'offrirait pas ses deux caractères essentiels, à savoir : *Consilium et eventus*.

C'est dans ce sens que Domat interprète la loi lorsqu'il dit : « Si le dessein de frauder n'est pas suivi de l'événement et de la perte effective des créanciers, et que, par exemple, pendant qu'ils exercent leur action ou qu'ils veulent l'exercer, le débiteur les satisfasse par la vente de ses biens ou autrement, l'aliénation qui avait été faite à

¹ Favard, *vo Nullité*, § 3, n° 3.

² T. VI, p. 361.

leur préjudice aura son effet; et si, dans la suite, il vient à emprunter, les nouveaux créanciers ne pourront faire révoquer cette première aliénation, qui n'avait pas été faite à leur préjudice. Mais s'ils avaient prêté pour payer les premiers, et que les deniers eussent été employés à ce paiement, ils pourraient révoquer l'aliénation faite avant leur créance¹.

Ainsi interprétée, la loi n'a rien que de très-sage et de très-raisonnable. Comment, en effet, admettre, un créancier à signaler, comme faite en fraude de ses droits, une vente réalisée bien avant que ces droits fussent nés; avant même qu'on pût en prévoir l'existence?

Ce que nous disons de la vente, nous l'admettrions, sans hésiter, pour la donation, pour la renonciation à une succession, à un legs, etc... Ce qui, dans ces diverses hypothèses, nous paraît déterminant, c'est que, l'aliénation étant accomplie au moment du nouvel emprunt, les biens qui en font l'objet n'étaient plus en la possession de l'emprunteur. La confiance du prêteur a été exclusivement faite aux seuls biens qu'il possédait encore.

Vainement le prêteur prétendrait-il avoir ignoré les aliénations qu'il attaque; chacun doit connaître la position de celui avec qui il traite, et surtout sa solvabilité. Avant de prêter, on s'assure de celle-ci, et, dans notre hypothèse, les biens aliénés n'ont pas dû figurer sur l'état de fortune communiqué par le débiteur. Dans tous les cas, la transcription de la vente ou de la donation, la publicité de la répudiation ont mis le prêteur légalement à même de les connaître. On ne lui cause donc aucun tort en le laissant en présence des seuls biens auxquels il a pu faire foi.

1420. — Peut-on en dire autant des obligations qu'un débiteur crée frauduleusement et sans en recevoir la valeur? Non, évidemment, car on s'exposerait précisément à tomber dans l'inconvénient qu'on a voulu éviter. Quel peut être le but de la création de ces obligations simulées, si ce n'est de préparer et de consommer la fraude contre les prêteurs, auxquels on aura recours plus tard? Cela ne résulte-t-il pas de l'absence de tout motif de recourir à la simulation au moment où elle se réalise?

Done, appliquer aux obligations la règle qu'on applique aux aliénations, c'est vouloir donner au mensonge la force de la vérité, créer une créance sans cause et sans valeur fournie; arriver, en un mot, à ce singulier résultat de recon-

naître l'existence d'une action, mais d'en refuser l'exercice au moment même où les créanciers ont le plus grand intérêt à en exiger.

En effet, le besoin pour les créanciers de faire prononcer la nullité d'une obligation comme souscrite en fraude de leurs droits, naît précisément lorsque le porteur de cette obligation vient réclamer sur eux le droit de priorité et de préférence. De quoi auraient-ils à se préoccuper, et quel préjudice auraient-ils à souffrir d'une créance qui ne pourrait jamais être payée qu'en tant et qu'après qu'ils l'auraient été eux-mêmes? Conséquemment, exiger que leur titre soit antérieur à la créance qu'ils contestent, pour leur permettre d'agir en vertu de l'article 1167, c'est leur donner une action qu'ils seront non recevables à exercer pour défaut d'intérêt.

D'autre part, le préjudice dont peuvent se plaindre les créanciers ne résulte pas de la création d'une obligation; qu'importe, en effet, cette circonstance, si le porteur, se rendant lui-même justice, refuse d'en poursuivre le paiement? C'est donc au moment de la liquidation et lorsque ce paiement est réclamé que le préjudice se manifeste, que la fraude se consomme, et comment, en cet état, imposer aux créanciers d'assister, impassibles, à cette consommation, et leur prohiber de se défendre du péril qui les menace?

Une pareille doctrine serait par trop irrationnelle et on ne saurait la consacrer sans méconnaître l'esprit de la loi et les notions de la plus saine équité. Il faut donc, de toute nécessité, distinguer la nature de l'acte dont l'annulation est poursuivie par les créanciers.

S'il s'agit d'une aliénation à titre onéreux ou gratuit, ceux dont le titre sera postérieur ne pourront l'attaquer. Il n'est pas possible de supposer une fraude contre des droits qui n'existaient pas au moment où la prétendue fraude se consommait.

Cette règle reçoit néanmoins deux exceptions. La première nous est indiquée par le Digeste, à savoir : Si les deniers, nouvellement empruntés, ont servi à éteindre des créances antérieures auxquelles les prêteurs ont été subrogés; la seconde, si l'aliénation n'est elle-même qu'une précaution frauduleusement ménagée contre les créanciers futurs : *Si alienationi subit fraudis futuris creditoris*². On le présumerait ainsi si le débiteur, resté ostensiblement en possession et jouissance des objets prétendus aliénés, avait pu ainsi tromper les prêteurs; ou si, loin de les instruire, il avait présenté ces objets comme composant réel-

¹ *Lois civiles*, liv. II, tit. X, sect. 1^{re}, n° 6.

² *Peregrinus, in Cod.*, liv. VII, tit. LXXV, n° 7.

lement son actif et garantissant l'exécution de ses engagements.

S'il s'agit, au contraire, d'une obligation simulée, comme cette simulation ne produira son effet que lors de la liquidation et du paiement, nous reconnaitrons à tous les créanciers antérieurs ou postérieurs en date, sans distinction entre les hypothécaires et les chirographaires, le droit d'en poursuivre la nullité comme faite en fraude de leurs droits.

1421. — C'est, au reste, ce que la cour de Bourges avait formellement décidé. Le pourvoi dirigé contre son arrêt a été rejeté par la cour de cassation, par arrêt du 20 mars 1852, rendu sur le rapport de M. le conseiller Tripiér¹.

Dans son remarquable rapport, ce savant magistrat se demande si l'article 1167 doit être limité aux actes postérieurs aux titres des créanciers qui se plaignent de la fraude? Si ce n'est pas au contraire parce que ces actes priment les titres des légitimes créanciers, que ces derniers ont qualité et intérêt pour contester soit l'hypothèque, soit la sincérité de ces créances apparentes?

Après avoir discuté l'opinion de Toullier, que les demandeurs en cassation invoquaient, Tripiér conclut en ces termes : On peut bien admettre qu'une aliénation consommée, même à vil prix, ne sera pas considérée comme faite en fraude des créanciers qui n'existaient pas à l'époque de la vente. Elle ne réunira pas *consilium et erentus*; mais une obligation souscrite sans valeur fournie, qui est jugée le fruit du dol et de la simulation, ne peut-elle pas préparer et consommer la fraude, même au préjudice des créanciers qui ont accepté des titres postérieurs à cette obligation simulée?

Saisie à son tour de la question, la cour de Bordeaux l'a énergiquement décidée dans le même sens. Nous croyons utile de transcrire quelques-uns des motifs qui fondent cette décision :

« Attendu, sur la fin de non-recevoir, que l'exception manque de solidité et doit être rejetée; qu'en effet, quoique la sentence arbitrale, qui déclare Lasserre créancier de Boucherie, soit du 18 août 1843, et par conséquent postérieure au contrat par lequel Boucherie a reconnu devoir à Clarac une somme de 3,000 francs, cette circonstance ne s'oppose pas à l'application de l'article 1167, article destiné à protéger tous les droits dont le dol et la fraude chercheraient à priver des créanciers légitimes;

« Attendu d'abord que l'antériorité d'un acte simulé et frauduleux ne saurait arrêter l'action des créanciers sérieux et réels, parce que des contrats simulés ne sont pas proprement des contrats; ils n'en ont que l'apparence : *colorem habent, nullam vero substantiam*; parce que la doctrine qu'on a plaidée, tendant à donner au mensonge la force de la vérité, blesse beaucoup trop toutes les idées de justice pour pouvoir être admise².

1422. — Il suit de ce qui précède qu'en matière de vente, l'antériorité du titre de créance étant indispensable, il ne suffirait pas que le titre, s'il est sous seing privé, portât une date en apparence antérieure. Il devrait avoir acquis une date certaine avant la vente. En effet, si le titre sous seing privé fait foi, ce n'est qu'entre parties, on sait à quelles conditions l'article 1528 permet de l'opposer aux tiers. Ces conditions sont justes et peuvent seules prévenir l'abus si facile de l'antidate. En conséquence, leur absence laisserait les créanciers sans action contre l'acquéreur, en enlevant à leur titre toute son autorité.

Mais la date apposée au sous seing privé servirait au besoin de commencement de preuve autorisant la recevabilité de la preuve orale, si cette recevabilité n'était pas, d'ailleurs, de droit commun dans la matière qui nous occupe. Le porteur de ce titre pourrait donc établir par témoins et par présomptions la sincérité de la date, prouver que l'acquéreur en avait connaissance avant de traiter avec le débiteur. L'une ou l'autre de ces circonstances étant acquise, l'action paulienne deviendrait admissible à l'égard de toutes les parties.

1423. — L'acte sous seing privé se suffirait à lui-même, si l'action avait pour objet la révocation d'une libéralité. Le donataire, en effet, n'est que l'ayant cause du donateur, et l'acte faisant foi contre celui-ci produirait le même effet à son égard³.

Il en serait de même contre celui qui serait appelé à recueillir la succession ou le legs répudié par le débiteur en fraude de ses créanciers; nous avons déjà dit que le tiers, non complice de la fraude dont il profite, ne saurait en retenir le bénéfice que s'il l'a acquis par un contrat; qu'il doit le restituer s'il ne le possède qu'en vertu de sa qualité ou d'une disposition formelle de la loi⁴. Ce serait là, d'ailleurs, une donation déguisée qu'il serait injuste de main-

¹ D. P., 52, 4, 133.

² 20 juillet 1848, D. P., 49, 2, 148, voy. *infra*, n^o 174.

³ Cass., 30 janv. 1828, D. P., 28, 4, 114.

⁴ Voy. *supra*, n^o 33.

tenir, car la position des créanciers est bien plus intéressante que celle d'un donataire direct ou indirect : *Et licet fraudis ignarus fuerit, tamen creditorum causa favorabilior est, qui de damno disceptant*¹.

1424. — Mais l'appât à profiter de la succession ou du legs, comme le donataire lui-même, peut soutenir que la créance prétendue est antidatée, et que l'objet de cette simulation est de révoquer, d'une manière indirecte, ce que le renonçant ou le donateur ne pourrait directement révoquer. Tout ce qui résulte de leur qualité d'ayant cause, c'est que l'acte sous seing privé fait contre eux la même foi que contre leur auteur. Mais cette présomption admet la preuve contraire, et, comme le fait allégué constituerait une fraude contre les droits légalement conférés par la répudiation ou par la libéralité, cette preuve contraire serait incontestablement recevable.

1425. — La seconde condition imposée au créancier exerçant l'action révocatoire est de prouver l'insolvabilité du débiteur. Cette action est essentiellement subsidiaire. Elle ne peut être exercée que pour auverner le paiement que les biens restants sont, par leur insuffisance, dans l'impossibilité d'effectuer. Il faut donc préalablement établir cette insuffisance.

Cette condition se justifie avec autorité par cet autre principe que, pour intenter une action, il ne suffit pas d'avoir qualité, qu'il faut surtout y avoir intérêt. Or, dans celle autorisée par l'article 1167, l'intérêt des créanciers n'existe que si le paiement qui leur est dû ne peut se réaliser que par la révocation poursuivie. Si ce paiement peut être fait au moyen des ressources dont le débiteur dispose encore, ils n'ont pas à s'immiscer dans ce qu'il a plu à ce débiteur de faire avec des tiers.

1426. — Conséquemment, le débiteur pourra faire repousser l'action en justifiant qu'il est en position de rembourser le créancier qui l'exerce. De son côté, le tiers également attaqué opposera avec succès la solvabilité du premier, dont il pourra exiger la discussion préalable, sans être tenu de pourvoir aux frais ni d'indiquer la nature et la situation des biens sur lesquels cette discussion doit porter. L'unique exception que cette règle reçoit naît de l'état de faillite du débiteur commerçant, le jugement déclaratif faisant par lui-même la preuve la plus significative de l'insolvabilité.

Une offre plus préemptoire encore serait celle

de désintéresser le créancier poursuivant. Réalisée qu'elle fût, cette offre le laisserait sans intérêt aucun à poursuivre désormais un litige complètement sans objet.

1427. — La condition de prouver l'insolvabilité n'est pas nécessaire lorsque la femme, qui a obtenu la séparation de corps, demande, par application de l'article 271 du Code civil, la nullité des obligations à la charge de la communauté, ou des aliénations des objets qui en dépendent, contractées par le mari postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 258. Dans ce cas, les obligations et aliénations sont suspectes de fraude, et la femme n'a à prouver qu'une seule chose, à savoir : le préjudice qui résulterait pour elle des unes ou des autres.

Dans tous les autres cas, et lorsqu'il s'agit d'un acte querellé de fraude contre les droits des créanciers, l'action n'est recevable qu'aux deux conditions que nous venons d'indiquer : 1° la preuve de la qualité de créancier ; 2° celle de l'insolvabilité du débiteur.

1428. — Deux autres conditions sont exigées pour que la demande puisse être accueillie. La première est la preuve de la fraude du débiteur. En effet, tant qu'une expropriation n'est pas venue lui enlever ses biens, le débiteur, quelle que soit d'ailleurs son insolvabilité réelle, en conserve l'administration et même la disposition. Une vente, par lui consentie en cet état, pourrait n'être que l'exercice légitime de ce droit, sans qu'il s'y mêlât aucune pensée de fraude.

1429. — Cependant tout ce que le débiteur ferait en état d'insolvabilité réelle, quoique non encore notoire, serait facilement présumé frauduleux, surtout si l'actif, dont il aurait disposé, était en tout ou en partie soustrait à ses créanciers, soit qu'une portion du prix eût été dissimulée, soit que ce prix ne fût pas dans des proportions justes avec la valeur de l'objet aliéné. Dans l'un ou l'autre cas, le préjudice occasionné aux créanciers serait incontestable. Le dessein de nuire naîtrait de la position du débiteur, l'obligant à dissimuler pour s'efforcer de sauver, à son profit, quelques débris du naufrage. La seule existence de cette cause de simulation, en rendant la fraude probable, en déterminerait facilement l'admission : *Ubi accedit causa simulandi, receptum est ut administratio imperfecta probatio sufficiat*².

Le même auteur ajoute : *cessante causa si-*

¹ Perceus, loco cit., n° 6.

² Delenc, *De cred.*, discours 77, n° 6.

mulandi ad illam probandam requiruntur probationes certae et expressae. Or, cette cause disparaîtrait évidemment si, l'aliénation faite, le débiteur possédait encore un actif suffisant pour subvenir au paiement de toutes ses dettes. Quel serait donc le sort d'une aliénation consentie dans de pareilles circonstances? Faudra-t-il la maintenir et la considérer comme à l'abri de toute attaque de la part des créanciers?

1430. — La solution nous paraît devoir être différente, suivant que l'aliénation aura été faite à titre onéreux ou seulement à titre gratuit.

Vendre, échanger une partie de ce qu'on possède, lorsqu'on est à la tête d'un avoir supérieur à ce qu'on doit, n'est pas un acte assez extraordinaire pour qu'il faille en suspecter la sincérité, alors même que le produit n'en a pas servi à éteindre les dettes. Sans doute, il eût été plus prudent et plus sage de le faire, mais des besoins légitimes, des projets, depuis exécutés, peuvent excuser la destination que le produit de l'aliénation a reçue. En général, donc, on ne verra dans la conduite du débiteur qu'un de ces actes usuels de la vie, qu'aucun soupçon de fraude ne peut raisonnablement entacher.

Il faudrait, pour décider le contraire, ces preuves certaines et expresses dont parle le cardinal Deluca, et ce serait aux créanciers, demandant la révocation, à les établir. Toutefois, cette règle est de nature à recevoir une profonde modification de la conduite du débiteur, et la fraude serait facilement présumable si des actes successifs et répétés étaient venus anéantir complètement le gage des créanciers. On verrait dans cet ensemble un calcul à l'effet de se rendre insolvable, et, remontant au premier anneau de cette chaîne, on n'hésiterait pas à le briser, si l'intérêt des créanciers l'exigeait.

Mais si l'aliénation a été faite à titre gratuit, il importerait peu que les ressources restant encore à l'auteur de la libéralité fussent ou non suffisantes pour l'extinction de ses dettes. Personne ne peut et ne doit donner son bien avant de s'être libéré de ce qu'il doit. Ce n'est pas tout, en effet, d'avoir de quoi payer, il faut payer réellement, et, à défaut de ce paiement, se bien garder de s'exposer à ne plus pouvoir le faire, en donnant à autrui ce qui appartient avant tout aux créanciers. Celui qui agit autrement commet une faute tellement lourde, que, pour les créanciers, elle équivaut au dol. Aussi, n'est-ce demandant-on plus s'il y a eu ou non résolution de les tromper, mais s'ils éprouvent oui ou non un préjudice. La certitude de celui-ci amène et motive la révocation de la libéralité.

1431. — La donation directe ou indirecte fait donc présumer la fraude non-seulement contre le donateur, mais encore contre le donataire. Celui-ci n'a d'ailleurs, et dans aucun cas, aucuns droits légitimes sur les biens qu'il a gratuitement reçus et qu'il ne pourrait garder sans occasionner un préjudice grave aux créanciers de celui dont il les tient. Son insistance à les retenir le rendrait, en quelque sorte, le complice de la fraude. On pourrait justement dire de lui ce qu'Ulpian dit de celui qui exécuté d'un acte qu'il sait être sans valeur : *Nam quis petit ex ea stipulatione, ipse dolum facit quod petit.*

Il n'y a donc pas à hésiter entre lui et les créanciers du donateur, alors même que sa bonne foi aurait été entière. Aux yeux de la loi, de la raison et de la justice, les droits de celui qui veut se soustraire à une perte sont plus précieux que les droits de celui qui cherche à retenir un gain illégitime. Or, telle est la position respective des créanciers et du donataire. *At ubi, dit Voet, alter de damno vitando agit, alter vero de lucro capiendo, quod est in eo qui ex causa lucrativa, utcumque bona fide, rem nactus est a debitore fraudulenter alienante, rectius visum fuit lucrum extorqueri cum aliena factura lucrum capiendi, quam in damno relinqui eum qui fraudulosa debitoris alienatione injuriam passus est.*

1432. — La seconde condition, pour le bien fondé de l'action révocatoire, est la preuve de la fraude de celui qui a traité avec le débiteur. Mais cette condition n'est exigée que lorsque le tiers a traité à titre onéreux, car, nous venons de le voir, le donataire est tenu de restituer, quelle qu'ait été d'ailleurs son ignorance ou sa bonne foi.

L'acquéreur à titre onéreux mérite les mêmes égards que les créanciers eux-mêmes; comme eux, en effet, il a un intérêt sérieux à la contestation, et s'il la soutient, c'est qu'il cherche à se garantir d'une perte de *damno vitando*. La position étant égale, on devait en revenir au droit commun, suivant lequel nul ne peut répondre que de son propre fait, suivant lequel encore la fraude ne se présume pas, et c'est à celui qui l'allègue à la prouver.

Vainement donc, la fraude du débiteur serait-elle prouvée et acquise, l'acte à titre onéreux n'en serait pas moins maintenu si l'autre partie a été de bonne foi. Celle-ci est présumée jusqu'à preuve contraire, mais cette preuve peut être faite par témoins et par présomptions. Elle résulterait suffisamment de tout ce qui tendrait à établir que le tiers a connu la fraude de celui

¹ *Ad Pandectas*, lib. XLII, tit. VIII, n° 5.

avec qui il a traité. Connaître une fraude et accepter une participation dans l'acte destiné à la consommer, c'est en accepter la complicité.

Ainsi, l'action révocatoire n'est recevable que par la double preuve de la qualité de créancier et de l'insolvabilité du débiteur. Elle n'est fondée que par celle de la fraude de celui-ci et des tiers qui ont traité avec lui. Cette dernière preuve n'est exigée que dans le cas d'un traité à titre onéreux. La libéralité cède à la seule mauvaise foi de son auteur.

1433. — Le principe de l'action autorisée par l'article 1167 ne réside ni dans un droit réel accordé aux créanciers, ni dans l'incapacité du débiteur, ni dans un vice quelconque de l'acte attaqué. Il existe dans un engagement formé sans conventions, par lequel les tiers, qui ont contracté avec le débiteur, sont liés envers les créanciers de celui-ci. Les tiers, qui se sont rendus les complices de la fraude, ont, par cela même, concouru à la consommation du préjudice en résultant, et doivent, dès lors, le réparer. L'annulation de l'acte, à leurs risques, périls et fortune, était la réparation la plus naturelle. Quant aux donataires, nous avons déjà dit que leur persistance à retenir ce qui leur a été remis au mépris de l'équité et de la justice constituerait de leur part un véritable dol.

1434. — L'action révocatoire est purement personnelle et dérive d'un quasi-délit; son but est la réparation d'un préjudice volontairement et sciemment occasionné. Ce caractère est important à retenir pour la solution de la question que nous aurons à examiner, à savoir : si le tiers qui a acheté ou traité avec celui qui tenait la chose du débiteur peut être, comme celui-ci, poursuivi par l'action Paulienne¹.

1435. — Cette action appartient à tous les créanciers sans distinction des hypothécaires et des simples chirographaires. Elle est même beaucoup plus utile à ces derniers, car il résulte des conditions que nous venons d'énumérer, que les créanciers hypothécaires pourront souvent être sans intérêt et sans droit à l'exercer. C'est ce qui se réaliserait notamment si, par le rang de leur inscription, ils doivent être payés sur les biens non aliénés; ou si ceux qui l'ont été se trouvent spécialement affectés à leur hypothèque. Dans ce dernier cas, l'action hypothécaire suffisant à toutes les exigences, ils seraient sans intérêt et conséquemment sans droit pour se pourvoir par l'action révocatoire.

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut de toute

nécessité que l'action hypothécaire puisse être utilement exercée. Si son résultat devait être négatif, le créancier qui s'y serait d'abord livré dans l'espérance du contraire pourrait revenir sur ses pas et demander la révocation de la vente, qu'il prouverait avoir été le résultat de la collusion et de la fraude.

Il importerait peu qu'il n'eût pas surenchéri en temps utile. Un créancier peut ne pas trouver dans sa position financière le moyen de réaliser une surenchère exigeant une somme parfois très-considérable. Serait-il juste de le punir de cette impossibilité par la perte de sa créance, et faudrait-il que pour la conserver il se plaçât sous le coup d'obligations devant entraîner sa ruine complète?

C'est ce qu'on n'a pas cru devoir exiger, et cette doctrine, déjà consacrée par de nombreux arrêts, vient de l'être de nouveau par la cour de cassation. Son arrêt du 17 août 1818 décide que le créancier inscrit, qui fait saisie-arrêt ou requiert collocation sur le prix de l'immeuble hypothéqué, n'est pas censé reconnaître la sincérité de la vente, et ne se rend pas non recevable à l'attaquer pour cause de dol et de fraude, et que ce défaut de surenchère ne le rend pas non plus non recevable à attaquer pour les mêmes causes la vente consentie à vil prix par le débiteur².

1436. — L'action révocatoire doit être intentée contre le débiteur et contre celui ou ceux qui ont traité avec lui. L'intérêt de ceux-ci, ne fussent-ils que des donataires purs et simples, à assister à l'instance, est aussi évident qu'incontestable. La demande de révocation dont ils doivent subir les conséquences, pouvant n'être que le résultat d'une collusion entre celui qui l'intente et le défendeur principal, ils doivent être mis en mesure d'empêcher cette fraude et de veiller utilement au maintien de leurs droits. Comment, d'ailleurs, prouver que l'acquéreur à titre onéreux s'est rendu complice de la fraude, si on ne commençait pas par le mettre en cause?

SECTION III.

DE LA PREUVE.

SOMMAIRE.

1437. — L'admission de la preuve testimoniale était la conséquence forcée du principe admis par l'article 1167.

1438. — La fraude contre les tiers est même présumée contre le débiteur, lorsqu'il dispose de ses biens au détriment de ses créanciers, alors qu'il est en pleine déconfiture.

¹ Voy. *infra*, n^o 1764.

² D. P., 42, 1, 61.

1439. — La autorité incontestable de la déconfiture ferait facilement présumer la fraude contre celui qui a traité avec le débiteur.

1440. — La fraude est également présumée contre le débiteur aliénant à titre gratuit, ou refusant les ressources qu'il est appelé à recueillir.

1441. — *Quid des paiements faits par l'insolvable ?*

1442. — Actes présumés frauduleux chez le commerçant en état de déconfiture.

1443. — Effets de cette présomption.

1444. — Dans tous les cas de fraude présumée, il suffit de prouver le fait auquel s'attache la présomption.

1445. — Hors ces cas, les parties rentrent dans le droit commun et doivent prouver la fraude, soit par témoins, soit par présomptions.

1446. — Présomptions qui doivent exercer une puissance influencée sur le litige.

1447. — 1° Aliénations de tous les biens. — Son caractère en droit romain.

1448. — Cette présomption acquerrait une bien plus grande gravité si le débiteur ne justifiait pas de l'emploi du prix.

1449. — Il importe peu que l'aliénation générale se soit réalisée par un seul acte ou par des actes successifs et répétés.

1450. — 2° Qualité des parties fait facilement présumer la fraude.

1451. — 3° Rétention de la possession.

1452. — Comment elle se réalisera le plus souvent.

1453. — Dans quels cas devra-t-on l'admettre ?

1454. — 4° Exécution occulte et clandestine.

1455. — Suffirait-il d'une seule de ces présomptions pour faire admettre la fraude ?

1456. — Autres présomptions dont l'existence peut servir à reconnaître la fraude ?

1457. — Effet de la vileté du prix.

1458. — La pertinence des présomptions est laissée à la prudence du juge.

1437. — La conséquence forcée du principe consacré par l'article 1167 était l'admission de la preuve testimoniale en faveur des tiers qui l'invoquent, et qui sont forcés d'en poursuivre l'exécution. L'existence d'un acte même authentique est bien opposable à tous, mais il ne prouve qu'une seule chose contre ceux qui n'y ont pas été parties, à savoir : qu'il a été passé. Il ne peut suffire pour établir sa sincérité.

Ainsi, dénué de toute autorité, le titre ne rentre plus dans la catégorie de ceux contre lesquels la preuve testimoniale n'est pas admissible. D'Argentré qualifiait même d'insensée l'opinion de ceux qui, se fondant sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, en soutenaient l'application à l'action des tiers.

Sous l'empire du Code civil, la recevabilité de la preuve testimoniale n'a jamais été contestée aux tiers poursuivant la révocation d'un contrat qu'ils soutiennent avoir été fait en fraude de leurs droits. Nous n'avons donc pas besoin d'insister sur un principe universellement admis et

si conforme, d'ailleurs, aux véritables notions d'une exacte justice.

1438. — La preuve n'est même pas toujours nécessaire, car, fidèle au système de se montrer d'autant plus sévère que la fraude est plus facile et plus probable, la loi en a présumé l'existence dans divers cas.

Ainsi, la fraude est légalement présumée contre le débiteur lorsqu'il dispose de ses biens au détriment de ses créanciers, dans un moment où il a lui-même la conviction de son insolvabilité.

Il est certain que celui qui, se sachant obéré, se hâte de faire disparaître son actif, soit par des donations, soit par des aliénations à titre onéreux, ne peut avoir qu'un seul but, celui de nuire à ses créanciers. Il ne saurait donc se targuer de sa prétendue bonne foi, car la bonne foi pour l'homme insolvable est d'abandonner la disposition ultérieure de ses biens aux seuls intérêts, c'est-à-dire à ses créanciers ; de ne rien faire sans avoir appelé leur concours et leur contrôle. Celui qui n'invoque ni l'un ni l'autre a intérêt à les écarter, et c'est avec juste raison que la loi présume que cet intérêt est celui de la fraude.

Toutefois cette présomption ne concerne que le débiteur. Celui qui a traité avec lui peut avoir ignoré l'état réel de ses affaires. N'ayant, d'ailleurs, aucun devoir à remplir envers les créanciers, la connaissance qu'il aurait eue qu'il en existait un ou plusieurs, ne ferait pas admettre sa complicité dans la fraude de celui avec qui il a traité¹.

1439. — Mais, si l'insolvabilité était notoire, si des actes significatifs, si des poursuites judiciaires l'avaient signalée, la fraude du tiers, quoique non présumée de droit, serait facilement admissible. Pour peu que cet indice fut accompagné d'autres circonstances suspectes, ou ne devrait pas hésiter à la consacrer. C'est ce que la cour de cassation a décidé en jugeant, le 1^{er} janvier 1849, que l'acte par lequel un débiteur en état d'insolvabilité vend ou hypothèque ses immeubles à l'un de ses créanciers qui connaissait cette insolvabilité, a pu être annulé comme fait en fraude des autres créanciers, s'il a été consenti durant les poursuites exercées par ces derniers, et, par exemple, dans l'intervalle d'une remise de cause².

L'arrêt contre lequel le pourvoi était rejeté n'avait pas fondé la nullité de l'acte uniquement sur l'état réel et connu du débiteur, eût été appliqué à la déconfiture civile des règles spécialement réservées pour les faillites. Mais, admet-

¹ L. 10, Dig., § 4, *que in fraud. credit.*

² D. P., 49, I, 137.

tant que cette circonstance rendait suspecte la bonne foi du tiers, il s'appuie sur elle et sur quelques autres faits corroborant cette suspicion, il admet la complicité de la fraude.

Ces autres faits étaient, dans l'espèce, la qualité du créancier, et la nature de la créance. C'était le propre fils du débiteur qui obtenait une hypothèque, la créance qu'on voulait garantir était une donation contractuelle faite dans le contrat de mariage de ce fils; et l'on comprend que tout cela se réalisant lorsque le père, étant activement poursuivi par ses créanciers, était à la veille de se voir exproprié de ses biens, il y avait certes, dans un pareil ensemble, une preuve plus que suffisante de l'intention frauduleuse de toutes les parties.

Ce qui se renouvelait là pourrait s'offrir ailleurs et résulter des faits sinon identiques, peut-être aussi significatifs. Dans tous les cas, l'insolvabilité du débiteur reste la *causa simulandi*, dont les effets nous étaient tout à l'heure enseignés par le judicieux Deluca.

Ainsi le prêt prétendu fait à un homme notoirement insolvable paraîtrait justement suspect. Ce premier doute acquerrait une plus forte gravité si l'acte constatant le prêt ne constatait pas la réelle et actuelle numération des espèces, sans qu'on indiquât aucune trace plausible de versements ni de créances antérieurs. Enfin, la position du prétendu créancier pourrait, à son tour, militer contre la sincérité de la créance pouvant et devant dès lors être considérée comme une fraude contre les créanciers légitimes.

Il en serait de même pour la vente faite par l'insolvable. L'acquéreur, connaissant cette insolvabilité, pourrait être soupçonné avoir spéculé sur cet état et s'être dès lors prêté à une fraude dont il recueillait ainsi un bénéfice. Ce soupçon pourrait devenir une certitude si l'acte renfermait des clauses extraordinaires et insolites, surtout si les objets, faisant la matière de la vente, lui avaient été cédés à vil prix.

Ainsi, l'insolvabilité fait légalement présumer la fraude contre le débiteur. Quant aux tiers qui ont traité avec lui, la connaissance de cette insolvabilité ne suffit pas pour les constituer en mauvaise foi. Mais elle crée une telle prévention que l'admission de cette mauvaise foi serait la conséquence de quelques autres circonstances suspectes venant l'étayer et l'aggraver.

1440. — La fraude est encore légalement présumée contre le débiteur aliénant à titre gratuit ou refusant de réunir à son actif les ressources qu'il serait appelé à recueillir.

Nous l'avons déjà dit, donner ses biens sans

avoir au préalable payé ses créanciers, est un acte trop anormal pour ne pas lui supposer une arrière-pensée. Cette arrière-pensée ne peut être que celle de nuire à ses créanciers, si, par le fait, l'aliénation est dans le cas de leur causer un préjudice.

Cela est plus évident encore lorsque l'aliénation résulte d'une répudiation, surtout lorsque l'objet répudié n'offrait que des avantages sans inconvénients. Refuser d'accepter ce que tant d'autres recherchent avec la plus vive ardeur, ne peut être interprété dans un autre sens que celui de la fraude. C'est qu'on se sera entendu avec celui qu'on se substitue, et qu'au moyen d'une collusion facile on recueillera le bénéfice sans risquer de le communiquer à ses créanciers.

Au reste, le refus d'accepter, fût-il pur de tout calcul de ce genre, ne se serait-il réalisé qu'en haine des créanciers et pour ne pas accroître leur gage, que ce dessein, suivi d'exécution, n'en constituerait pas moins la fraude. Or, comme la répudiation ne peut avoir que l'un ou l'autre de ces motifs, c'est avec raison que la loi la présume de plein droit frauduleuse.

1441. — Les paiements faits par l'insolvable ne peuvent être, à moins de circonstances extraordinaires, considérés comme frauduleux. D'une part, en effet, la déconfiture civile laisse le débiteur dans la plénitude de ses droits, ne lui enlève aucune de ses actions. En cet état, éteindre une dette échue et dont le paiement est demandé n'est qu'un acte d'administration. D'autre part, payer régulièrement et en espèces n'a en lui-même rien de suspect, surtout lorsque la loi n'a pas imposé le devoir de s'en abstenir. Conséquemment, le débiteur qui s'y est livré ne saurait, par cela même, avoir fait une fraude.

Quant au créancier ayant reçu son paiement, il est évident qu'on ne pourrait lui en faire un reproche. La loi permet à chacun de veiller à ses propres intérêts, d'exiger le paiement de ce qui lui est dû. Dès lors, comment blâmer celui qui a vu sa vigilance et ses efforts couronnés de succès? Il importe peu qu'il ait ou non connu l'état d'insolvabilité. Dans tous les cas, il n'a reçu que ce qu'il avait le droit de recevoir, et un pareil fait ne saurait jamais constituer une fraude. Il y a plus, le paiement anticipé qu'il aurait accepté ne donnerait aux autres créanciers que le droit de faire rembourser les intérêts courus depuis le jour du paiement jusqu'à celui de l'échéance, s'ils n'avaient pas été escomptés déjà par le débiteur¹.

¹ L. 10, § 42; L. 17, § 2; L. 24, D., *quæ in fraud. credit.*

1442. — Mais il n'en est pas de même de la déconfiture commerciale. Celle-ci constitue l'état de faillite créant de nombreuses présomptions de fraude.

Ainsi, la fraude est légalement présumée contre toutes les parties :

1^o Pour les paiements faits depuis la cessation ou dans les dix jours qui l'ont précédée, de dettes non échues ou pour dettes échues, autrement qu'en espèces ou effets de commerce ;

2^o Pour tous les actes, même à titre onéreux, faits dans la même période ;

3^o Pour les hypothèques, droits de nantissement ou de gage conférés pour dettes antérieurement contractées ;

4^o Pour l'hypothèque, quoique légalement conférée, si l'inscription n'en a été requise qu'après plus de quinze jours de la date du titre constitutif ;

5^o Enfin, pour les paiements de dettes échues, faits en espèces ou effets de commerce, si le créancier payé connaissait l'état de faillite.

1443. — Toutes ces présomptions n'agissent pas d'une manière identique. Les unes n'admettent pas la preuve contraire, les autres la permettent. C'est ce que nous avons établi dans notre commentaire sur les faillites, auquel nous nous bornons à renvoyer ¹.

1444. — Dans tous les cas où la fraude est présumée par la loi, le demandeur n'a qu'à justifier le fait auquel la présomption est attachée. Son existence suffit pour faire admettre la fraude ou pour obliger le défendeur à fournir la preuve contraire, suivant que cette preuve est ou non admissible.

1445. — Partout où cette présomption ne résulte pas d'une disposition de loi ou d'un fait, les parties rentrent dans le droit commun. C'est à celui dont le droit se fonde sur la fraude alléguée, à fournir la preuve de son existence. Nous avons dit que cette preuve peut être faite par témoins.

Mais toutes les fois que la preuve orale est admissible, celle par présomptions le devient également. Dans la matière qui nous occupe, il est même évident que c'est à cette dernière qu'on sera le plus habituellement forcé de recourir. Le fait matériel, à savoir : l'aliénation ou l'obligation souscrite, ne pourra jamais être contesté, puisque c'est son existence même qui sert de base à l'action. La difficulté se rencontrera donc dans l'intention respective des parties, et comment espérer éclairer cette intention par la dépo-

sition des témoins ? Est-ce que ceux qui se disposent à frauder sont dans l'habitude de faire des confidences ou de publier leurs projets ?

Il faudra donc demander la solution du litige aux déductions logiques, aux faits du procès, aux circonstances ayant précédé, accompagné ou suivi le contrat, en un mot, aux présomptions.

1446. — Les auteurs anciens ont beaucoup écrit sur la nature, la qualité, le nombre des présomptions qu'on devait exiger. Les plus judicieux arrivaient cependant à cette conclusion, qu'en pareille circonstance, il ne saurait exister de règles certaines ou absolues ; que chaque espèce avait ses caractères particuliers, ses exigences spéciales, et qu'ainsi, telles ou telles présomptions, jugées suffisantes dans un cas, pourraient ne pas le paraître dans un autre ; que c'était donc à la conscience du juge à se prononcer selon les inspirations qu'elle puiserait dans un mûr examen de chaque cause. Ces principes sont encore aujourd'hui les seuls vrais, les seuls admissibles.

Mais, et sans empiéter sur les fonctions de la magistrature, on peut reconnaître qu'il est certains faits qui auront nécessairement une importante influence sur le sort du litige. Dans cette catégorie se placent l'aliénation de tous les biens, la qualité des parties, la rétention de la possession des choses prétendues aliénées, le mystère et la clandestinité de l'opération ².

1447. — 1^o Aliénation de tous les biens.

Cette circonstance avait pris, dans le Digeste, le caractère d'une présomption légale, à tel point quelle dispensait de rechercher quelle avait été l'intention du débiteur : *Quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorem consilium habuisse* ³.

Comment, en effet, interpréter autrement une pareille conduite ? Qu'un homme puisse, par convenance, par calcul et quelquefois même par besoin, se défaire de quelques-uns de ses immeubles, on le comprend. Mais aliéner tout ce qu'on possède, pour se trouver ensuite en présence d'une masse de créanciers non payés, c'est évidemment n'avoir agi que pour se soustraire à des exécutions, en dénaturant sa fortune et en la faisant disparaître.

1448. — La présomption tirée de l'aliénation de tout ou de la plus grande partie de ce qu'on possède, acquerrait une autorité encore

¹ Art. 447 et suiv.

² Perizoni, *ibid.*, tit. LXXV, liv. VII, n^o 10.

³ L. 17, § 1, Dig., *que in fraud. credit.*

plus imposante si, interpellé d'indiquer l'emploi des ressources en provenant, le débiteur était dans l'impossibilité d'en rendre un compte satisfaisant. Si l'aliénation inspire la pensée d'une fraude, cette impossibilité en justifierait l'existence; en démontrant le détournement du prix, elle assignerait un but à la conduite du débiteur, et ce but, n'étant que le détournement lui-même, serait la démonstration la plus palpable de la fraude opérée contre les créanciers.

Ceux-ci, étant recevables à demander compte de l'emploi du prix, sont également recevables à soutenir que les créances prétendues payées par le débiteur n'étaient ni sérieuses, ni sincères. La preuve de leur simulation ne permettrait plus de concevoir ou douter sur la certitude de la fraude reprochée.

1449. — Remarquons que la présomption, se tirant de l'aliénation de tous les biens, peut également naître d'une aliénation partielle plusieurs fois répétée. Ainsi, l'ensemble de la conduite du débiteur peut donner des indices qui ne sont pas à dédaigner. Si, après avoir vendu un premier immeuble sans nécessité bien démontrée, il en vendait un second, un troisième, etc., on pourrait voir dans la fréquence et le nombre de ces aliénations une présomption qui, quoique moindre que celle résultant d'une aliénation totale, ne manquerait cependant ni de gravité, ni de valeur.

Ajoutons que la nature des aliénations est une circonstance décisive. Si elles avaient été réalisées à titre gratuit, la fraude, nous l'avons déjà dit, serait de plein droit admise en faveur des créanciers.

1450. — 2^e Qualité des parties.

Cette présomption se mesure, quant à ses effets, sur le degré de parenté ou d'alliance existant entre les parties contractantes. La proximité fait présumer facilement la fraude, et ce principe du droit romain, notre loi se l'est appliqué lorsque, s'agissant de la simulation par interposition de personnes, elle considère de plein droit comme personne interposée l'ascendant, le descendant, l'époux de l'incapable ou ses alliés au même degré.

C'est aussi que l'intérêt de l'un est en quelque sorte l'intérêt de l'autre; qu'indépendamment du lien intime qui les unit, ils ont, en outre, la faculté de frauder, au moyen de ces pactes de famille qui permettent toute sorte d'abus, *clandestinis et domesticis fraudibus, quibus quideis facile confingi potest*.¹ Alors, en effet, il est fa-

cile de faire revivre des droits sérieux dans l'origine, mais qui avaient été légalement éteints, de déchirer des quittances, de dissimuler des traités. C'est ce qui se réalisait dans l'hypothèse de l'arrêt de la cour de cassation du 12 février 1849, plus haut cité, l'hypothèque annulée ayant été accordée au fils pour la garantie d'une donation contractuelle que tout faisait présumer avoir été depuis longtemps réalisée.

Or, ce que les parents les plus rapprochés sont capables de faire par affection et intérêt, des parents plus éloignés peuvent le faire par affection ou seulement par complaisance. Le désir de venir au secours d'un parent fait fermer les yeux sur la nature du moyen employé et sur la gravité du préjudice qu'on va occasionner à des intérêts légitimes.

Il est donc impossible d'accepter comme l'expression de la vérité pure un acte intervenu entre de telles parties, alors surtout que par le fait cet acte constitue un préjudice, en dépouillant des créanciers du gage sur lequel ils devaient compter.

1451. — 3^e Rétention de la possession par le prétendu vendeur.

La conséquence la plus directe, la plus immédiate de toute aliénation est, sans contredit, le transfert de la propriété de la chose aliénée, avec ses attributs naturels, et notamment la jouissance qui en est le principal. On n'achète pas pour ne pas jouir, pas plus qu'on ne vend pour retenir la chose; conséquemment, d'une part, l'abandon de cette jouissance, de l'autre la rétention de la possession constituent une double et incessante protestation contre la sincérité de l'opération.

Un pareil fait n'a qu'une signification logique. Ce qu'on a voulu réellement, c'est, par le déplacement nominal et apparent de la propriété, en assurer le bénéfice au prétendu vendeur en l'exonérant de toutes les charges. Ici encore, l'événement, à savoir : le préjudice que les créanciers sont dans le cas d'en éprouver, vient résoudre avec la plus évidente certitude le doute que l'existence de l'acte peut créer.

1452. — Cela est tellement certain pour les parties elles-mêmes, qu'elles se garderoient bien de faire de cette rétention une des conditions apparentes du contrat, ou de l'insérer dans ses stipulations. Ce sera tacitement, par une contre-lettre secrète, ou par une prétendue convention de bail, que cette importante modification de la vente sera arrêtée.

Mais, quelle que soit la forme employée, ce qui sera décisif, c'est le fait en lui-même : *Plus*

¹ 1 Pothier, loco citato, n° 10.

valet quod agitur quam quod simulate concipitur. Il suffira donc de la matérialité convenue ou prouvée, pour que l'attention de la justice soit vivement excitée, et que l'intention réelle des parties soit l'objet des plus sévères investigations.

1453. — La rétention de la possession se réalise, soit que le vendeur ait continué d'exploiter les biens vendus par lui-même ou par un fermier choisi par lui, et agissant sous son autorité ou par ses ordres, soit que paraissant retirer lui-même les fruits, l'acheteur en ait fait annuellement compte à son prétendu vendeur. Chacun de ces faits peut être l'objet d'une preuve testimoniale dont la recevabilité, en faveur des créanciers, ne pourrait être contestée.

Dans plusieurs circonstances, et pour mieux colorer la fraude, la rétention de la possession se couvrira du prétexte d'un bail consenti par l'acheteur lui-même ou par un intermédiaire qu'on aura interposé pour accréditer d'autant la sincérité de l'opération. Mais le sous-bail, comme le bail lui-même, est repoussé par un motif qui, n'ayant rien de légal, est cependant fondé sur la nature des choses. En général, on n'aime pas à se voir, à titre de mercenaire, sur une propriété qu'on possédait à titre de propriétaire, et dont la vue incessante augmente et entretient le souvenir des contrariétés et des malheurs qui l'ont fait sortir de vos mains. La conduite contraire indique une dose de philosophie qu'il n'est pas donné à tout le monde de posséder.

Tout ce qui n'est pas naturel n'est pas vraisemblable. Aussi l'existence du bail, en pareilles circonstances, le rendra suspect de n'être que le complément nécessaire de la fraude. Il est même une hypothèse où ce soupçon deviendrait une certitude, à savoir : celle où le prétendu preneur, simple propriétaire ou industriel, serait obligé, pour exécuter le bail, de recourir à un sous-preneur.

1454. — 4^e L'exécution occulte et clandestine.

Les parties qui donnent à leur convention une exécution occulte et clandestine prouvent, par cela même, par leur propre témoignage, le peu de sincérité de cette convention. Si elles se cachent, c'est qu'elles craignent, c'est qu'elles ont recours au mensonge et à la ruse ; c'est, enfin, qu'elles veulent tromper ceux qu'elles prétendent laisser dans l'ignorance la plus complète sur un fait qu'il leur importerait de connaître. La vérité loyale et franche n'a pas besoin de mystère, elle peut se présenter et dédaigner toutes précautions de ce genre. Ce n'est donc pas elle que les parties ont voulu soustraire à tous les regards ; con-

ment, d'ailleurs, ne pas faire soupçonner la fraude, lorsqu'on en emprunte les allures et la forme ?

1455. — Chacune de ces présomptions générales a par elle-même une valeur réelle et incontestable. Suffirait-elle pour faire admettre l'action des créanciers ? C'est là une question que la conscience du juge peut seule résoudre, si jamais elle pouvait s'élever. En effet, il est peu présumable que cette présomption s'offre dans une circonstance sans qu'elle soit accompagnée d'autres faits qui, venant à son appui, déterminent la conviction qu'elle tend à établir.

1456. — En effet, à côté de ces présomptions générales, il en existe une foule d'autres que chaque espèce est dans le cas de faire surgir : ainsi, l'acte sous seing privé, les clauses extraordinaires qu'il peut renfermer, le défaut de mention de la réelle numération dans l'acte public, l'insolvabilité notoire d'une des parties, la déconfiture, la position de fortune du prétendu acquéreur ou prêteur, enfin la vileté du prix.

1457. — Sans doute, on pourrait dire, avec Troplong¹, que le prix conventionnel, quoique modique, n'en est pas moins sérieux dès que l'intention de l'exiger est certaine ; qu'ainsi, il ne suffit pas que le prix ne soit pas en proportion avec la valeur réelle de la chose, pour qu'on soit autorisé à conclure à la fraude.

Si cela peut être admis, c'est évidemment lorsque le vendeur, libre de toute obligation envers des tiers, a l'entière disposition de sa fortune. La partie du prix qu'il consent à ne pas exiger est acquise à l'acquéreur à titre, pour ainsi dire, de libéralité. Or, celui qui pourrait donner tout peut, incontestablement, donner une part quelconque. On conçoit donc qu'il ne pourrait obtenir la résiliation de la vente sur le prétexte de la vileté du prix.

Mais il ne saurait en être de même dans l'hypothèse nous occupant. Celui qui a des créanciers doit tout d'abord les satisfaire. Si, avant de remplir ce devoir, il distrait ou détourne une partie de son actif, il commet, par cela seul, une fraude dont les créanciers sont autorisés à lui demander compte.

Or, ce détournement s'opère par une vente à vil prix comme par une soustraction matérielle. Cette vente est considérée dès lors comme faite en fraude de ceux-ci. Elle doit d'autant plus l'être que cette vileté du prix peut n'être qu'apparente, et conséquemment, que le résultat d'ou-

¹ De la Vente, art. 1592, no 150.

concert entre les parties pour s'avantager mutuellement au détriment des tiers.

Dès lors la vente à vil prix crée une présomption de fraude contre le débiteur. Ce qu'il a consenti à ne pas exiger de la valeur réelle est un abandon volontaire, une véritable donation qu'il ne devait pas, qu'il ne pouvait pas consentir avant de s'être libéré de ses dettes. On doit d'autant mieux le décider ainsi, que la vente, à l'effet de soustraire ce qui en fait l'objet aux poursuites des créanciers, est essentiellement frauduleuse; que la vileté du prix ne sera que la conséquence de la nécessité de vendre à tout prix, pour sauver au moins ce que l'acheteur consentira de donner.

Relativement à ce dernier, la vileté du prix qu'il donne perdrait de son importance, si la différence entre le prix stipulé et la valeur réelle est de peu d'importance. Chacun veut acheter au plus bas prix possible, et l'exercice de ce droit ne peut jamais constituer une fraude.

Mais si la différence est considérable, si elle est certaine, visible, palpable, rien ne peut justifier l'acheteur. S'il l'a exigée, c'est qu'il a connu la position du vendeur, la nécessité dans laquelle il s'est trouvé de vendre et le but qu'il s'est proposé. S'il s'est borné à accepter l'offre que lui aurait faite ce dernier, cette offre aurait dû alarmer sa loyauté et lui faire soupçonner la fraude. Il a donc volontairement consenti à profiter de cette fraude, s'il ne l'a pas exploitée à son profit, et, dans l'un et l'autre cas, la révocation est la juste récompense de sa conduite.

Enfin, les antécédents et la moralité des parties fournissent un utile contingent à l'appréciation des actes intervenus entre elles.

Nous n'avons pas épuisé la série des présomptions relevées par les auteurs tant anciens que modernes. Nous avons dû nous borner à rappeler celles qui seront le plus habituellement invoquées devant les tribunaux.

1458. — Ce que nous devons ajouter, sans revenir autrement sur ce que nous avons déjà dit ¹, c'est que la pertinence des présomptions est souverainement appréciée par le juge. Appelé à prononcer comme juré, le magistrat ne doit compte qu'à sa conscience de la conviction qu'il puise dans l'ensemble des faits et circonstances du procès.

SECTION IV.

A QUELS ACTES S'APPLIQUE L'ACTION.

SOMMAIRE.

1459. — Tous les contrats peuvent être attaqués par l'action paulienne, à quelles conditions?

1460. — Division.

1459. — Tous les contrats peuvent être attaqués par l'action paulienne, à ces deux conditions néanmoins : 1° qu'ils soient de nature à causer un préjudice aux créanciers; 2° qu'ils aient été souscrits dans cette intention. En d'autres termes, nous retrouvons ici les exigences requises en matière de dol : *Connitum et eorum*.

Toutefois, le premier de ces caractères peut résulter de la nature du contrat. Ainsi, les libéralités à titre gratuit le font admettre de plein droit. Telle était la doctrine du droit romain que nous avons eu déjà l'occasion de rappeler, telle est celle que notre droit ancien a léguée à notre Code actuel.

1460. — Pour procéder avec plus de méthode et de clarté, nous allons, dans des articles spéciaux, traiter des principaux contrats pouvant être attaqués par l'action paulienne, et examiner pour chacun d'eux les effets qu'elle est dans le cas de produire, et sa durée.

§ 1^{er}.

Du mariage.

SOMMAIRE.

1461. — La loi n'a pas compris la simulation au nombre des moyens admis pour attaquer le mariage; pourquoi?

1462. — Étranges conséquences que la doctrine contraire créerait.

1463. — Mais pourrions-nous soutenir que le mariage n'a été qu'un moyen pour acquiescer frauduleusement des avantages attachés à sa célébration?

1464. — Espèce dans laquelle l'affirmative a été jugée.

1465. — Le mariage de la malade avec le médecin qui l'a soignée dans la maladie dont elle est morte fait-il disparaître l'incapacité dont le médecin est frappé?

1466. — La ratification expresse ou tacite de la part des héritiers couvrirait l'invalidité du mariage. — Conséquences quant à la prescription.

1467. — La constitution dotale consentie par le père peut être attaquée par les tiers, comme faite en fraude de leurs droits.

1468. — Système du droit romain; distinction entre la fille et le gendre, quant aux effets de la fraude.

1469. — Ce système devient celui de notre ancien droit.

1470. — Le Code ne contient à cet égard aucune disposition expresse. — Jurisprudence jusqu'en 1847.

1471. — Arrêt de la cour de cassation du 23 juin 1847, statuant quo, pour la fille elle-même, la constitution dotale est faite à titre onéreux.

1472. — Critique que Dalloz fait de cet arrêt.

1473. — Réfutation.

¹ Voy. *supra*, nos 254 et suiv.

1474. — Persistance de la cour de cassation dans la jurisprudence de l'arrêt de juin 1847.
1475. — Conclusion.
1476. — Conditions indispensables pour que la donation soit considérée comme faite en vue du mariage.
1477. — Les créanciers du mari peuvent-ils attaquer la reconnaissance et la quittance frauduleuse de la dot contenues dans le contrat de mariage?
1478. — *Quid* de la quittance de la dot consentie pendant la durée du mariage?
1479. — Le droit qu'ont les créanciers peut-il être exercé par les héritiers du mari?
1480. — Opinion des auteurs anciens.
1481. — Solution que les dispositions du Code, sur les donations entre époux, font consacrer.
1482. — Droit des héritiers de demander la réduction en cas d'exors.
1483. — Dangers que la séparation de biens fait courir aux créanciers.
1484. — A la femme elle-même.
1485. — Faculté accordée à celle-ci de prendre toutes mesures conservatoires. — Étendue de cette faculté.
1486. — Cette faculté comprend-elle le droit de faire apposer les scellés sur les effets de la communauté? A quelles conditions le mari pourra-t-il en obtenir la levée?
1487. — Le gravité de ces mesures en a fait soumettre l'exécution à l'autorisation préalable du président du tribunal civil.
1488. — Mais la requête aux fins de cette autorisation n'a pas besoin d'être communiquée au mari.
1489. — Caractère de l'autorisation.
1490. — Toutes les mesures autorisées en cas de demande en séparation de biens peuvent être réalisées par la femme demeurant en séparation de corps.
1491. — La séparation de biens, qui n'est que la conséquence de la séparation de corps, n'est pas soumise, quant à la demande, à la publicité exigée pour la poursuite de la première.
1492. — Abs qu'on s'est fait de la séparation de biens.
1493. — Précautions que cet abus avait suggérées au législateur.
1494. — 1^{re} Publicité de la demande. — Son objet.
1495. — Le créancier intervenant a le droit de contester la demande et de la faire rejeter.
1496. — Effet du défaut de publicité.
1497. — 2^e Conditions d'admissibilité de la demande. — Époque du jugement.
1498. — Le délai exigé par l'article 809 du Code de procédure civile est prescrit à peine de nullité.
1499. — Obligation pour la femme de prouver le désordre des affaires de son mari. — Sévérité que les tribunaux doivent apporter dans son accomplissement.
1500. — Faits tendant à établir cette preuve. — Preuve oratoire.
1501. — Peut être ordonnée d'office par le juge.
1502. — 3^e Publicité du jugement. — Son objet.
1503. — Elle est prescrite à peine de nullité.
1504. — 4^e Exécution du jugement. — Présomption résultant de son absence. — Délai dans lequel elle doit s'accomplir.
1505. — Motifs pour lesquels la loi assimile la poursuite à l'exécution.
1506. — Controverse que la nécessité d'agir dans la quinzaine a fait naître. — Dans quel sens elle a été tranchée.
1507. — Constatation que doit recevoir l'exécution volontaire.
1508. — Si l'exécution consiste dans le paiement, ce paiement doit être réel et intégral, au moins jusqu'à concurrence des biens du mari.
1509. — A défaut de paiement, la poursuite doit être commencée dans la quinzaine et continuée sans interruption.
1510. — Exception que cette règle comporte.
1511. — Caractère du jugement régulièrement rendu entre les époux et entre les tiers. — Insulté pour ceux-ci de l'attaquer pendant un an.
1512. — Effet du silence gardé par les créanciers pendant ce délai.
1513. — Les créanciers postérieurs à la séparation ne peuvent se plaindre de l'exécution tardive qu'elle aurait reçue, à moins que cette exécution n'eût été postérieure à la date de leur créance.
1514. — Les créanciers qui ont laissé expirer l'année sans réclamer sont-ils recevables à attaquer la séparation comme faite en fraude de leurs droits?
1515. — Conclusion.
1516. — L'effet rétroactif du jugement de séparation au jour de la demande est-il opposable aux tiers comme en mari?
1517. — Distinction à l'aide de laquelle cette question doit être résolue.
1518. — La dissolution du mariage par la mort d'un des époux peut devenir une occasion de fraude.
1519. — Le détournement de l'actif est la fraude la plus redoutable.
1520. — Caractère de ce détournement pour la femme dotale ou commune en biens.
1521. — Droits que la loi reconnaît à la femme, relativement à la communauté.
1522. — Effets produits, quant à ce, par le recel dont elle se rend coupable.
1523. — Effets du recel commis par le mari ou ses héritiers.
1524. — Les peines édictées par la loi doivent-elles seules être appliquées, et devrait-on refuser les dommages-intérêts réclamés.
1525. — La femme renonçante ne pourrait exciper de son recel pour se faire restituer contre la renonciation.
1526. — Les héritiers du mari peuvent ne pas faire prononcer la nullité de la renonciation.
1527. — Mais dans tous les cas, et par rapport aux créanciers, la femme est commune par cela seul qu'elle a recelé.
1528. — La femme ou ses héritiers peuvent faire annuler la renonciation qu'ils n'auraient faite que par une conséquence des recels commis par le mari.
1529. — Doit-on placer sur la même ligne le recel et la fausse supposition de créances à la charge de la succession?
1530. — Droit des créanciers de la femme de faire annuler la renonciation qu'elle aurait faite en fraude de leurs droits.
1531. — Comment s'établirait la preuve de cette fraude?
1532. — Les créanciers personnels de l'héritier de la femme ont le même droit contre la renonciation émanée de celui-ci.
1533. — Les créanciers de la femme ou de son héritier peuvent-ils quereller l'acceptation faite par l'un ou par l'autre?
1534. — Effet de la révocation obtenue par les créanciers.
1535. — L'action en révocation de la renonciation ou de l'acceptation se prescrit par dix ans. — Doutes sur le point de départ de ce délai.

1556. — Le détournement commis avant la dissolution du mariage est assimilé au recelé.

1557. — Caractère que doit avoir celui-ci.

1558. — L'action d'un époux, pour la répression des fraudes commises à son préjudice par son conjoint pendant la durée du mariage, passe à l'héritier.

1559. — La femme peut-elle obtenir contre les tiers la nullité des baux de ses biens paraphernaux consentis par le mari ?

1461. — Le mariage était un acte trop important, trop solennel, pour qu'on l'abandonnât aux règles tracées par le Code pour les contrats ordinaires. Indissoluble par essence, recevant la double sanction de la loi et de la religion, destiné à devenir la source de la famille, il touchait de trop près à l'intérêt social, pour qu'il ne dût pas être rangé, quant à ses conditions et ses formes, dans une catégorie spéciale.

C'est ce que le législateur a parfaitement compris ; aussi le voyons-nous, dans un titre particulier du Code, régler tout ce qui lui est relatif, circonscrire les moyens de nullité dans un cercle très-étroit, dire par qui, quand et comment ils pourraient être opposés.

La simulation n'a nullement été placée au nombre de ces moyens de nullité. Ce silence suffirait donc pour faire écarter la demande à laquelle elle servirait de base. Indépendamment de son caractère légal et juridique, cette conclusion découlait inévitablement de la nature des choses et de la raison la plus évidente.

En effet, on ne peut se faire une idée d'un mariage simulé dans l'acception ordinaire de ce mot. La simulation suppose que l'acte que les parties ont fait en apparence est tout autre que celui qu'elles ont voulu et entendu faire en réalité : *Cum aliud agitur, aliud simulatur* ; il faut donc, pour qu'on puisse en admettre l'existence, qu'à côté du contrat apparent puisse se placer la possibilité d'un autre qu'on devra préférer. Or, que pouvaient vouloir ceux qui, après l'accomplissement des formalités spéciales, ont procédé à la célébration civile et religieuse de leur mariage, sinon se marier ?

1462. — A ce point de vue donc, on ne comprendrait pas le reproche d'une simulation. On le comprend bien moins encore en présence des conséquences véritablement étranges auxquelles la doctrine contraire arriverait infailliblement.

Ainsi, et par cela seul que le mariage est célébré, ses effets légaux se produisent en faveur et contre tous. Les époux ne peuvent contracter un nouveau lien sans encourir la peine de la bigamie ; la femme est de plein droit placée sous l'autorité maritale ; les enfants nés de ce mariage sont par cela seuls légitimes ; ceux que l'époux

aurait d'une autre personne que de son conjoint seraient adultérins. Tout cela serait cependant un mensonge ! On viendrait soutenir que le mariage est simulé ; que les parties n'ont pas eu l'intention de s'unir ; qu'elles ne se sont pas réellement et sérieusement épousées ; que leur consentement n'a été qu'une comédie, c'est-à-dire qu'on aboutirait à la plus monstrueuse absurdité.

Le maintien absolu du mariage et la prohibition de l'attaquer pour simulation sont donc justifiés par la simple raison et commandés par le bon sens.

1463. — Mais si le mariage ne peut être querellé, pourra-t-il l'être comme moyen de simulation ? Est-on recevable à soutenir qu'il n'a été consenti que pour acquérir des avantages soumis à cette condition ou pour éluder une incapacité légale ?

1464. — Déjà nous avons cité une espèce dans laquelle la cour d'Aix, par arrêt du 4 mars 1813, sans s'expliquer sur le mariage en lui-même, refusa de lui faire produire les effets en vue desquels elle le déclara frauduleusement consenti¹.

1465. — L'incapacité édictée par l'article 909 a fourni de nombreux exemples de la seconde hypothèse. Un médecin, voulant échapper à cette disposition et recueillir les biens de sa malade, l'épouse dans la durée de la dernière maladie. Ce mariage fait-il disparaître l'incapacité et rend-il le médecin apte à recueillir les libéralités qu'il obtient par ce moyen ?

La question ne saurait être douteuse pour les libéralités antérieures au mariage. En supposant même que le mariage fit disparaître l'incapacité, cet effet ne se réaliserait que pour l'avenir, à dater de sa célébration, mais il ne ferait pas disparaître cette incapacité pour le passé. Tout ce qui aurait été fait avant le mariage et pendant la maladie serait donc frappé de nullité, si cette maladie s'était terminée par la mort.

Mais l'annulation de tout ce qui aurait suivi le mariage fait naître beaucoup plus de difficultés. L'article 909, a-t-on dit, et cela est vrai, ne concerne pas le mari médecin donnant les secours de son art à sa femme malade. C'est là non-seulement exercer un droit, mais encore remplir un devoir que sa tendresse d'époux autorise, que la morale sanctionne. On ne saurait donc, sans une révoltante injustice, condamner, comme une odieuse spéculation, ce qui n'est que la conséquence d'une affection légitime.

¹ Voy. *suprà*, nos 342 et suiv.

Mais peut-on assimiler à ce mari le médecin qui n'est mandé que pour donner des soins à une malade, qui, incapable à ce titre de recevoir une libéralité quelque peu importante, devient son mari pour pouvoir recueillir une fortune dont la possession a seule motivé sa démarche en excitant sa convoitise, et qui la recueille effectivement peu de temps après, la malade n'ayant pas survécu à la maladie? Un pareil mariage, alors surtout que l'homme de l'art n'a pu se dissimuler le caractère essentiellement mortel de la maladie et la certitude d'une issue fatale, n'inspire-t-il pas l'idée d'une fraude pour échapper à l'article 909? Est-il dès lors rationnel et juste de tolérer une aussi odieuse, une aussi déloyale spéculation?

C'est cependant pour l'affirmative que s'est depuis longtemps prononcée la cour de cassation; elle a, par arrêt du 30 août 1808, déclaré capable, comme mari, le médecin qui n'a épousé sa malade que pendant le cours de sa dernière maladie.

Mais, quelque respect que nous inspire la haute science de la cour régulatrice, sa décision, nous osons le dire, ne satisfait ni à la raison, ni à la justice. Ainsi elle consacre la possibilité d'é luder la prohibition de l'article 909 et l'abus d'influence qui en fait le fondement, par cet abus même poussé jusqu'à ses dernières limites. Peut-on en effet supposer que, rongée par le mal qui la dévore, une femme puisse dans son agonie concevoir et exécuter spontanément un projet de mariage? C'est à l'aide de mensonges, de promesses de guérison, dont le mariage sera lui-même offert comme un gage de sincérité, qu'on l'y déterminera, et c'est à cette chimérique espérance qu'on devra ce consentement à une union destinée à ne pas être consommée.

Une pareille conséquence, et elle se réalisera généralement dans ce cas, est plus qu'un mensonge, c'est une profanation, et nous dirons sans hésiter, avec Duranton : Il ne faut pas que la sainteté du mariage soit un moyen de couvrir une fraude à la loi. Un homme qui ne le contracte qu'avec la mort, pour ainsi dire, en vue de s'approprier une fortune qu'il est incapable de recueillir en sa qualité de médecin du disposant, réunit en sa personne l'indignité et l'incapacité, et l'une ne saurait couvrir l'autre¹.

Qu'on ne touche donc pas au lien honteux qu'il a eu le triste courage de former, mais qu'on lui arrache la fortune en vue de laquelle il a entrepris et exécuté cette indigne,

cette odieuse comédie. Mieux vaudrait, plutôt que de décider le contraire, effacer l'article 909 de nos Codes. L'influence médicale y gagnerait sans doute; elle pourrait se faire une large part des dépouilles de la personne qu'elle n'a pu sauver, mais du moins on ne verrait plus un cadavre traîné à la mairie et à l'autel pour y célébrer un mariage que viendra fatalement interrompre le glas de la mort.

Ces idées, que la plus saine morale avoue, sont destinées à prévaloir; déjà la cour de cassation a introduit dans sa jurisprudence de 1808 une modification qui en fait présager une dernière, mais décisive, dans le sens que nous indiquons. Elle a, le 11 janvier 1820, rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Paris décidant que le mariage pendant la dernière maladie, n'ayant eu pour objet que d'é luder l'article 909, n'en faisait pas disparaître la prohibition.

Il est vrai que la cour de cassation semble ne pas admettre ce principe, et n'autoriser la nullité que lorsqu'il est prouvé que les libéralités, au lieu d'avoir été déterminées par l'affection conjugale, n'ont d'autre cause que l'empire que le médecin avait sur sa malade, et les manœuvres du donataire dans les derniers moments de la vie de la donatrice.

Mais si le mariage lui-même n'a été que la conséquence de l'empire exercé par le médecin sur l'esprit de la malade, n'est-il pas évident que tout ce qui aura suivi procédera de la même source et participera du même vice? La doctrine de la cour de Paris nous paraît donc plus logique, lorsqu'elle va chercher la nullité de l'effet dans la nullité de la cause elle-même.

C'est à cette doctrine que se range Marcadé, malgré que, sur le principe de la capacité, il pense comme la cour de cassation. Mais ce principe, dit-il, doit fléchir, s'il était prouvé par les héritiers du disposant que le mariage n'a été contracté que dans le but d'échapper à la prohibition de l'article 909. Dans ce cas, les libéralités n'en seraient pas moins annulées par la mort de la malade, car la conduite infâme d'un homme, qui n'a formé le plus saint des contrats que comme un moyen de réaliser ses honteux calculs, ne saurait le relever de l'incapacité qui frappait sur lui².

La question réduite à ces termes, comment pourrait-on prouver plus énergiquement le calcul infâme du médecin, autrement que par le fait du mariage lui-même? Quel pouvait être le but de sa célébration, chez le médecin sachant que

¹ T. VIII, p. 279, n° 257.

² T. III, art. 909, n° 5.

la malade est inévitablement vouée à la mort, et pouvant, en quelque sorte, mesurer avec certitude le peu de jours pendant lesquels elle peut survivre encore? A-t-il espéré cette association intime, cette mutuelle de plaisirs et de peines qui fait le charme de la vie? A-t-il été bercé du doux espoir de rencontrer, dans une heureuse paternité, des objets nouveaux à ébahir? Enfin, a-t-il cédé au désir de posséder celle qui excite ses passions? Mais aucune de ces illusions ne lui a été perdue, pas même la dernière, car elle qu'il épouse cependant, touchant déjà aux portes de la mort, n'est plus peut-être qu'un objet de pitié et de dégoût. Qu'a-t-il donc cherché dans ce mariage, sinon cette fortune si ardemment convoitée, et qui devait, dans sa pensée, en être le prix?

La fraude est donc prouvée par le fait seul du mariage. Dès lors, et au nom des sentiments exprimés par Marcadé, la justice doit maintenir une prohibition si nécessaire au repos des familles!

Nous ne saurions au reste mieux résumer les motifs de cette opinion qu'en transcrivant un jugement du tribunal civil de la Seine, qui les déduit avec une remarquable précision:

« Attendu que la prohibition prononcée par l'article 909 a pour motif unique la présomption légale de l'empire que celui qui pratique l'art de guérir exerce sur l'esprit du malade auquel il administre les secours de son art pendant la dernière maladie; que lorsque le motif de cette loi reçoit son application, on ne peut en éluder les dispositions par des moyens indirects, parce qu'on ne peut faire indirectement ce que la loi défend de faire directement;

« Qu'un mariage contracté entre le médecin et sa malade, pendant le cours de sa dernière maladie, lorsqu'elle est de nature à ne laisser à l'homme de l'art aucune vraisemblance de guérison, ne présente ni avantage légitime pour les parties contractantes, ni intérêt pour la société; qu'il n'est qu'un moyen d'échapper à l'incapacité, et une forte et nouvelle preuve de cet empire, véritable motif de la prohibition;

« Que l'on doit distinguer le cas où la qualité de médecin est modifiée par des circonstances naturelles et non suspectes, telles que celles prévues par l'article 909, d'avec ceux où ces circonstances ne sont que le résultat de calculs et l'effet de l'art employé par la personne prohibée, qui s'est efforcée de se placer elle-même dans un des cas d'exception. »

Ce jugement fut déféré à la cour d'appel de Paris, mais, par arrêt du 24 février 1817, celle-

ci le confirme sur ce chef, considérant que le mariage du médecin avec sa malade, pendant la durée de la dernière maladie dont elle est morte, ne couvre pas l'incapacité établie par l'article 909.

Plus tard, la cour de Paris a été de nouveau appelée à se prononcer sur la question, et son arrêt du 26 janvier 1819 consacre de nouveau la solution donnée par celui de 1817: « Considérant, en fait, que les libéralités attaquées ont été faites durant la maladie dont la donatrice est morte, et que le bénéficiaire était son médecin ordinaire; en droit, considérant que l'incapacité que cette qualité lui infligeait, aux termes de l'article 909, n'a pu être effacée par un mariage uniquement contracté pour échapper à la prohibition de la loi. »

C'est le pourvoi formé contre cet arrêt que la cour de cassation rejette par sa décision du 11 janvier 1820, dont nous avons déjà parlé. Ce qui, dès lors, semblerait résulter de ce rejet, en présence de la solution de la cour de Paris, c'est que la preuve exigée par la cour de cassation, que les libéralités ne sont pas l'effet de l'affection conjugale, s'induit de cela seul que le mariage n'a été lui-même qu'un calcul à l'effet d'éluder la prohibition de l'article 909.

Réduite à ces termes, que nous considérons comme très-juridiques, il est évident que les héritiers poursuivant la nullité de libéralités de ce genre n'auront, en aucune manière, à que- rer de simulation la célébration du mariage; ils ne devront soutenir qu'une seule chose, à savoir: que le mariage a été imposé par l'influence que la qualité de médecin donnait au mari sur l'esprit affaibli de sa malade, et conséquemment le résultat de manœuvres et non de l'affection; à notre avis, cette preuve résulte du mariage lui-même. Ce serait donc au mari à prouver l'affection à laquelle il attribuerait la conduite de la malade. Au reste, comme pour toutes les appréciations de fait, les juges sont, dans cette hypothèse, les arbitres souverains de la question, dont ils puiseront la solution dans la position des parties, leur qualité, la nature de la maladie, son incurabilité, enfin la distance qui a séparé le mariage de la mort.

1466. — Il convient de faire remarquer que, malgré que l'article 909 dispose dans un motif d'intérêt général, la vérité est qu'il a surtout en vue l'avantage de la famille déshéritée par l'abus de l'influence qu'il condamne: *Primario spectat utilitatem privitam, et secundario publicam*. La nullité qui résulte de sa violation n'est donc pas absolue. Elle est purement

respective, comme l'aurait appelée notre ancienne jurisprudence.

Il suit de là que l'acte fait contrairement à l'article 909 est susceptible d'être ratifié expressément ou tacitement par la partie qui en est lésée. Le silence gardé pendant plus de dix ans faisant présumer cette dernière, l'action qui n'aurait pas été intentée avant l'expiration de ce délai serait éteinte par la prescription. C'est ce qu'on devrait décider sous l'empire du Code ¹.

1467. — Le contrat de mariage, réglant les conventions matrimoniales, peut devenir l'occasion de fraudes, non-seulement de partie à partie, ainsi que nous l'avons déjà vu, mais des parties contre les tiers. En premier lieu, une dot plus ou moins considérable peut être constituée par un homme en état d'insolvabilité, et le sachant lui-même. Si cet homme est le père, la constitution de la dot sera-t-elle attaquable par les créanciers? Devra-t-elle être annulée par le principe applicable aux libéralités pures et simples, et quelle que soit la bonne foi des époux?

1468. — Le droit romain admettait l'action des créanciers, mais il distinguait, quant à ses effets, entre le gendre et la fille.

À l'égard du premier, la dot était censée reçue à titre onéreux. Elle était, par rapport à lui, considérée comme la condition essentielle de l'union aux charges de laquelle elle devait contribuer : *Mariti etenim intuitu onerosi sum titulis adnumerari oportere jurisconsultus asseruit, quia dos datur ad sustinenda onera matrimonii, et probabiliter maritus indotatus non fuisset ducturus* ². Aussi n'était-il soumis à l'effet de l'action révocatoire des créanciers que s'il s'était associé à la fraude du constituant : *Si a socero fraudatore, sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione* ³.

Il n'en était pas de même pour l'épouse. Malgré qu'elle eût, depuis la loi Julia et la constitution de l'empereur Antonin, le droit de contraindre ses parents à la doter ⁴, tout ce qu'elle recevait à ce titre était considéré comme une donation. Elle était donc tenue de le restituer à la dissolution du mariage, quelle que fût d'ailleurs sa bonne foi. Il suffisait aux créanciers de prouver la fraude du père pour que leur action révocatoire dût sortir à effet.

1469. — Cette législation et ses conséquences devinrent le droit commun de la France, non-

seulement pour les pays de droit écrit, mais encore pour tous ceux dont les coutumes étaient muettes sur l'action révocatoire. On continua donc d'observer la distinction entre les gendres et les filles, ainsi que les effets en résultant.

La révocation, dit Furgole, a lieu pour toutes sortes de choses : immeubles, meubles, droits et actions donnés non-seulement par les donations simples, mais encore par les constitutions de dot. Mais si le mari a reçu la dot, on distingue s'il a connu la fraude ou non. Au second cas, les créanciers ne peuvent agir contre lui, parce qu'il est considéré comme créancier ou acheteur; mais, au premier, la révocation a lieu; que, s'il s'agit de l'intérêt de la femme à laquelle la dot a été constituée, on n'examine pas si elle a eu connaissance de la fraude, parce que, à son égard, c'est une libéralité à titre lucratif ⁵.

1470. — Le Code civil n'a pas suivi l'exemple du législateur romain, en ce sens qu'il ne renferme aucune disposition sur les effets de l'action révocatoire de la dot, soit à l'égard de la femme, soit à l'égard du mari. Mais, en ce qui concerne ce dernier, la jurisprudence a toujours marché sur les traces que les législations précédentes avaient pratiquées, et, considérant la dot comme reçue à titre onéreux, elle n'a admis la révocation qu'en tant que la preuve qu'il s'était associé à la fraude du constituant était administrée.

Jusqu'en 1847, la jurisprudence n'avait eu à traiter ce qui concerne la femme que d'une façon en quelque sorte subsidiaire, et à propos des conséquences que pouvait entraîner contre elle la solution que recevait la demande dirigée contre le mari. C'est ainsi notamment que, dans son arrêt du 6 juin 1844, la cour suprême s'arrêtant au fait qu'un apport, que le contrat de mariage constatait avoir été fait par le gendre, n'avait pas été réalisé, en concluait que la dot, prétendue constituée en échange, n'était qu'une pure libéralité, tant au profit de la fille qu'au profit du gendre, et dès lors susceptible de révocation, par suite de la faillite du constituant ⁶.

Mais cet arrêt, ainsi que l'observe Dalloz lui-même, se renfermant dans les limites de l'appréciation qui le motive, ne résout qu'une espèce. Il ne décide, en droit, ni que la dot a pris sous le Code civil, qui ne la considère plus comme obligatoire pour les parents, le caractère d'un

¹ Cass., 21 août 1822.

² Voet, ad Pandectar., l. 42, tit. VIII, n° 6.

³ L. 25, Dig., que in fraud. credit.

⁴ L. 19, Dig., de ritu nupt.; l. unica, Cod., de dot. promiss.

⁵ Des Test., t. IV, p. 530, chap. XI, sect. 1^{re}, n° 20. voy. Despeisses, v° Dot, part. 1^{re}, sect. 1^{re}; Domat, Lois civiles, tit. IX, sect. II, n° 1.

⁶ D. P., 44, I, 410.

acte de pure libéralité, susceptible de tomber sous l'action révocatoire des créanciers, malgré la bonne foi de celle qui l'a reçue, ni que ce caractère de disposition gratuite serait imprimé à la dot par cela seul que les apports annoncés par le mari ne se vérifieraient pas. Sur l'une comme sur l'autre question, l'arrêt ne lie nullement l'indépendance absolue de la cour suprême.

1471. — C'est ce qu'elle a pensé elle-même. Aussi appelée à se prononcer, et cette fois directement, sur l'action des créanciers contre la femme, à raison de la dot, elle a jugé, le 23 juin 1847, que la constitution de dot, faite par un père au profit de sa fille, a le caractère d'un contrat à titre onéreux non-seulement vis-à-vis du gendre, mais encore à l'égard de la fille dotée; que, par suite, les créanciers du constituant ne peuvent demander la révocation de cette constitution dotale, comme faite en fraude de leurs droits, qu'autant que l'un et l'autre des époux ont concouru à la fraude.

1472. — Dalloz, en rapportant cet arrêt¹, l'accompagne d'une critique longuement exposée. Les fondements de cette critique reposent sur ces idées principales :

« En droit romain, aux termes de la loi Julia et de la constitution de l'empereur Antonin, la dot était obligatoire pour les parents. Les enfants avaient droit de l'exiger. Cependant, malgré ce caractère, elle ne cessait pas de paraître une pure libéralité, que la fraude seule du constituant permettait aux créanciers de faire révoquer, sans égard pour la bonne foi de l'enfant doté.

« Comment pourrait-il en être autrement aujourd'hui que l'article 204, abrogeant la loi Julia et la constitution de l'empereur Antonin, a converti en loi cette maxime du droit coutumier, *ne dote qui ne reut*? Ne faut-il pas en conclure que le caractère de pure libéralité de la dot ressort bien plus évident encore de ce qu'elle n'est plus obligatoire?

« Dès lors si la dot n'est qu'une véritable donation, elle doit, comme celle-ci, être révoquée malgré la bonne foi du donataire, et par la seule fraude du donateur. La cour de cassation a donc, en décidant le maintien de la dot, sous prétexte de la bonne foi de l'épouse, méconnu un principe qu'elle avait elle-même sanctionné, et abandonné sa propre jurisprudence. »

1473. — Ce dernier reproche n'aurait pu être adressé à la cour que si, ayant admis pour la dot

le caractère d'acte à titre gratuit, elle l'avait soustraite à l'action révocatoire, en se fondant sur la bonne foi de la fille dotée. Mais, loin de là, si la dot est maintenue jusqu'à preuve de complicité dans la fraude du constituant, c'est que, par rapport aux époux, il est déclaré qu'elle est reçue à titre onéreux. En conséquence, en la soumettant aux règles régissant ces contrats, l'arrêt n'a voulu ni pu méconnaître les principes applicables aux libéralités.

Se trompe-t-il, en donnant ce caractère à la constitution de dot? C'est ce qu'il fallait prouver, et c'est ce que Dalloz ne fait pas, lorsqu'il se borne à s'en référer d'une part au droit romain, de l'autre à l'article 204.

Le droit romain! Nous reconnaissons que l'arrêt s'en écarte, mais cela tient à une circonstance qui mérite d'être relevée. Il était difficile, sous l'empire de ce droit, qu'on n'appliquât pas la règle rappelée par Dalloz, et cela par cette raison fort simple que le cas avait été législativement prévu et décidé. L'action des créanciers avait été formellement donnée contre la fille dotée, alors même qu'elle avait ignoré la fraude de son père, la constitution dotale étant considérée par rapport à elle comme provenant en quelque sorte d'une pure libéralité : *Quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenire*².

Mais notre Code ne renfermant aucune disposition de ce genre, on peut décider le contraire sans violer aucun texte.

Ce texte existerait-il dans l'article 204, faut-il conclure que, par cela seul qu'il a laissé aux parents la faculté de donner une dot ou de la refuser, il a entendu faire de celle-ci une pure libéralité? Une telle conclusion, non justifiée d'ailleurs par le texte, serait contraire à l'esprit qui l'a fait adopter. Ce que le législateur a voulu par l'article 204, c'est protéger plus efficacement, c'est renforcer la puissance paternelle que la loi Julia avait voulu élever, parce qu'elle portait ombrage aux empereurs; c'est rendre impossible ces inquisitions auxquelles était livrée la fortune privée, lorsqu'il s'agissait de fixer la quotité de la dot réclamée; c'est enfin empêcher ces mariages contractés contre la volonté et malgré la résistance des parents, auxquelles la certitude de recevoir, dans tous les cas, une dot, était un si puissant encouragement.

Voilà le but élevé et moral que l'article 204 a voulu atteindre. C'est donc le méconnaître, ou tout au moins le rabaisser singulièrement, que de le réduire aux proportions d'une simple ques-

¹ 47, I, 241.² L. 25, § 1, Dig., *que in fraud. credit.*

tion de savoir si la dot est constituée à titre onéreux ou à titre gratuit.

Au surplus, tout ce qui s'induit, à cet égard, de l'article 204, c'est que la nécessité de doter n'est plus pour les parents une obligation civile produisant une action pour en contraindre l'obligation. Mais cela suffirait-il pour déterminer ce caractère purement gratuit dont parle Dalloz? Nous ne le pensons pas, car celui qui accomplit en donnant une obligation naturelle remplit un véritable devoir et ne peut être considéré comme uniquement libéral. Or, que pour les parents, la constitution de dot soit une obligation naturelle, c'est ce que tout le monde reconnaît; Trop long n'hésite pas même à enseigner que la dot tient plus de la vente que de la donation¹.

Dans tous les cas, l'article 204 n'arriverait jamais qu'à cette conséquence, à savoir : que le constituant, la dot n'étant pas obligatoire, fait en la donnant une libéralité; mais pour que la libéralité soit atteinte par la fraude de son auteur exclusivement, il faut que celui qui l'a reçue l'ait acceptée à titre purement lucratif. Si, par rapport à celui-ci, la libéralité prend un caractère onéreux, elle ne pourra être révoquée que par la preuve de sa complicité dans la fraude du constituant.

Cette divisibilité d'aspect de la dot, dans ses rapports avec les différentes parties concourant au contrat, n'est contestée par personne. Elle a toujours été consacrée par la législation. C'est même ce qui est aujourd'hui encore pratiqué vis-à-vis du gendre. L'article 204, qui l'autorise pour celui-ci, l'a-t-il prohibé à l'égard de la fille? Telle était l'unique difficulté qui s'offrit à la cour de cassation, et que cette cour a résolue par la négative, sur les motifs suivants :

« Attendu que le principe écrit dans l'article 1167, qui permet aux créanciers d'attaquer les actes faits en fraude de leurs droits, ne reçoit une saine application qu'au moyen de la distinction entre les contrats à titre onéreux et les contrats de pure libéralité; que c'est ainsi que les contrats de la première espèce ne sont nuls, pour cause de fraude, qu'à l'égard des parties qui ont pratiqué la fraude ou qui y ont participé; que l'article 1540 du Code civil déclare que, quel que soit le régime adopté par les époux, la dot a pour destination essentielle de pourvoir aux charges de l'union conjugale; qu'ainsi l'acte qui constitue la dot n'est pas de pure bienfaisance, mais participe des contrats onéreux à l'é-

gard de chacun des époux; que, sous ce rapport, il y a un caractère particulier qui doit même le faire distinguer de tous les actes de libéralité contenant des conditions onéreuses; qu'en effet, le contrat de mariage est un pacte de famille immuable de sa nature, conclu en vue d'assurer les moyens d'existence de la famille nouvelle et l'accomplissement de toutes les obligations qui pèsent sur l'un et l'autre des époux. »

Pourquoi ces considérations, reconnues justes et décisives lorsqu'elles sont invoquées en faveur du gendre, n'auraient-elles pas ce caractère au vis-à-vis de la fille? Parce que l'obligation de restituer ne sera imposée à cette dernière qu'à la dissolution du mariage? Mais est-ce que cette dissolution entraînera avec elle toutes les charges du mariage? Est-ce que notamment la veuve ne sera pas obligée de nourrir sa famille, obligation que la mort du mari, loin de l'alléger, aggravera singulièrement en privant le ménage des ressources que son industrie lui assurait?

En vérité, rien ne justifie la différence que le droit romain avait consacrée, et qu'on veut, sous l'égide de ses dispositions, perpétuer dans notre législation entre le gendre et la fille. Si la dot est reçue à titre onéreux par l'un, il ne saurait en être autrement pour l'autre, avec d'autant plus de raisons que les parents, en la constituant, se rachètent de l'obligation de nourrir, d'entretenir leur fille, de pourvoir à tous ses besoins.

1474. — Au reste, la cour de cassation ne s'est pas laissée détourner de la voie toute juridique dans laquelle elle est entrée. Elle a persisté dans sa jurisprudence toutes les fois que l'occasion s'en est offerte². Elle a de plus jugé, le 14 mars 1848, que la donation en faveur du mariage, telle que celle que reçoit de son père le fils qui se marie, est assimilée à la dot, et constitue un contrat à titre onéreux qui ne peut tomber sous l'action des créanciers du donateur, en fraude desquels la donation a été consentie, qu'autant que les deux époux ont participé à cette fraude³.

Cette opinion de la cour régulatrice, en appelant l'attention sur une question que les auteurs ont jusqu'ici résolue plutôt que discutée, doit amener l'abandon des principes que l'application de la loi romaine avait fait généralement adopter, et dont la rigueur envers la fille conduirait à des conséquences irrationnelles.

¹ *Contrat de mariage*, art. 1589, n° 450.

² *Cass.*, 2 mars 1847; 24 mai 1848; D. P., 47, 1, 129; 49,

1, 172. *Fid. Riom*, 27 mars 1849; J. D. P., 1, 1830, p. 386.

³ D. P., 48, 1, 66; *vide infra*, n° 1476.

1475. — En résumé, la donation faite en vue du mariage a toujours, vis-à-vis des deux époux, un caractère onéreux. Elle est, par rapport à eux, indivisible en ce sens que, pour la faire révoquer comme faite en fraude de leurs droits, les créanciers doivent prouver la mauvaise foi de l'un et de l'autre. La bonne foi de l'un des deux suffit pour faire repousser la demande, et fait irrévocablement maintenir la destination affectée à la donation, à savoir : le support des charges du mariage, l'entretien des époux, celui des enfants nés et à naître.

1476. — Mais pour que la donation soit réellement faite en vue du mariage, il faut d'abord qu'elle résulte du contrat même. Celle faite en dehors du contrat ne pourrait revendiquer aucune des immunités assurées à la première.

Ainsi, la cour de cassation a jugé que la donation faite en vue du mariage, mais en dehors du contrat de mariage, et sous l'apparence d'actes à titre onéreux, tels que des billets à ordre souscrits par le donateur, ne peut être protégée par les principes régissant les constitutions dotales, et, par conséquent, doit être annulée nonobstant la bonne foi du donataire, si elle a été faite en fraude des droits des créanciers du donateur ¹.

Il faut de plus que les objets donnés aient été par le donateur au moment même du mariage. S'ils avaient été donnés ou recueillis avant le mariage, et que le donataire se les fût plus tard constitués en dot, la donation reçue avant, à titre gratuit, ne changerait pas de caractère, et la bonne foi du donataire ne ferait aucun obstacle à la révocation des créanciers, en fraude des droits desquels la donation a été réalisée.

C'est encore ce que la cour de cassation a formellement consacré en jugeant, le 6 juin 1849, que la fille qui aurait reçu ou recueilli des biens dans la succession de ses père et mère, ne saurait soustraire ses biens aux créanciers de ceux-ci, en se les constituant ultérieurement en dot; qu'en conséquence, les biens ainsi donnés ou recueillis restent soumis à l'action révocatoire ².

Le même arrêt décide cependant que la révocation n'atteint que les biens demeurés libres entre les mains du donataire. Quant à ceux faisant l'objet de la constitution de dot, comme la jouissance en a été transférée au mari, la bonne foi de celui-ci les place hors de toute atteinte pendant toute la durée de cette jouissance. Mais celle-ci trouvant son terme naturel dans la dis-

solution du mariage, les droits des créanciers, suspendus jusque-là, reprennent à cette époque toute leur force, et la révocation exercée sur les biens non constitués peut atteindre désormais ceux qui l'avaient été.

1477. — A son tour le mari peut trouver dans les stipulations du contrat de mariage le moyen de frauder ses propres créanciers. Ce moyen consiste soit à reconnaître à sa femme une dot qu'elle n'a pas fournie, soit à quittance, comme reçue, celle que l'épouse a promise, mais qu'elle n'a pas réellement payée.

Dans l'un comme dans l'autre cas, le mari consent une véritable libéralité. Il crée un privilège en faveur de la femme, non pas tant contre les créanciers inscrits au moment du mariage, que contre les créanciers chirographaires et ceux qui pourront plus tard s'inscrire. Ce qui est certain, c'est que les uns et les autres pourront demander la révocation de la quittance, comme faite en fraude de leurs droits.

Leur action est recevable, quelles que soient les expressions du contrat de mariage, et alors même qu'il mentionnerait la réelle numération. Le contraire peut être prouvé par témoins et par présomptions, dont l'efficacité est dans ce cas, comme dans tous les autres, laissée à l'appréciation souveraine du juge. Il est néanmoins certain que la condition de l'épouse, sa position de fortune, celle de ses parents, le chiffre de la dot, etc., seront de nature à exercer une grave influence sur la décision du litige.

1478. — La quittance de la dot que le mari donne pendant le mariage peut être également attaquée comme faite en fraude des droits des tiers. Cette fraude a même contre les créanciers un effet plus énergique que la quittance donnée dans le contrat. L'hypothèque de la femme remontant à la date de celui-ci, la reconnaissance frauduleuse du paiement de la dot ferait préférer cette hypothèque à toutes celles des créanciers ayant réellement prêté dans l'intervalle du contrat au prétendu paiement.

Ils sont donc recevables à en poursuivre l'annulation, et ils devront dans certains cas l'obtenir facilement. La quittance frauduleusement donnée par le mari constitue une libéralité qui lui profite à lui-même, du moins tant que dure le mariage. Pour peu donc qu'il fût obéré, menacé ou poursuivi par les créanciers au moment où il la concède, on serait porté à admettre son défaut de sincérité et à la considérer comme une fraude, dans le but de se soustraire au paye-

¹ Cass. 3 mars 1847, D. P., 47, 1, 150.

² D. P., 49, 1, 323.

ment de ce qui est dû légitimement aux créanciers.

1479. — En serait-il de même des héritiers du mari ? Pourraient-ils demander la nullité de la quittance de la dot sous prétexte de simulation, et s'exonérer ainsi de l'obligation de la restituer ?

Certes, cette prétention ne manque pas de la condition essentielle à toute action juridique, à savoir : l'intérêt. Celui des héritiers poursuivis en restitution de la dot serait incontestable. Sous ce rapport donc rien ne s'opposerait à la recevabilité de leur exception.

Mais il en serait tout autrement sous le rapport de la qualité. En thèse ordinaire, les héritiers sont les ayants cause de leur auteur, et ne peuvent intenter que les actions que celui-ci aurait pu intenter lui-même. Or le mari, auteur de la quittance simulée, ne pouvant exciper de cette simulation, ni se faire relever des engagements en résultant, ses héritiers personnels ne le pourront pas davantage.

1480. — Ce point de doctrine était incontestable sous notre ancien droit. La Touloubre, sur Duperier ¹, enseigne que : « Ces sortes de reconnaissances passées par le mari en faveur de sa femme ne peuvent être débattues ni par lui, ni par ses héritiers, comme l'observe le président Faber, *Cod. de dot, caut. non nuerat*. A l'égard des héritiers, elle doit valoir *solum jure donationis, morte confirmata*. »

Dunod professe la même opinion; après avoir rappelé que les quittances de la dot doivent être reçues par un notaire, en présence de deux témoins, et qu'il doit en être gardé minute, sous peine de dommages-intérêts et d'amende arbitraire, il ajoute :

« Cette règle a été faite pour éviter les fraudes qui pourraient se commettre de cette manière, en supposant des paiements qui n'auraient pas été faits, mais il n'y a que les tiers intéressés qui soient en droit de se prévaloir de sa disposition. Des quittances sous signature privée prouveraient pour la femme, ses héritiers, ses père et mère ou autres débiteurs de la dot, contre le mari qui les aurait faites et contre ses héritiers ². »

1481. — Ce principe n'a pu être douteux que sous l'empire de législations prohibant les donations entre époux. Partout au contraire où ces donations étaient admises, il fallait bien reconnaître qu'elles pouvaient être, même indirectement, réalisées, et tel est le caractère qu'on ne

pouvait refuser d'assigner à ces reconnaissances ou quittances de dot.

Mais la conséquence de ce caractère amenait forcément une dérogation au principe que nous venons d'indiquer, lorsqu'il était évident que le mari n'avait pas voulu faire une libéralité. Puisque c'est comme donation, non révoquée du vivant de son auteur, que la quittance simulée de la dot est maintenue, faut-il bien au moins que l'intention du mari d'agir dans ce sens soit au préalable incontestablement acquise. C'est ce qu'on ne pourrait admettre dans le cas où la quittance, nécessitée par des arrangements de famille, n'a été concédée par le mari qu'à la condition que les sommes qui en font l'objet lui seraient ultérieurement payées, *sub spe futurae numerationis*. Il est alors certain que le mari n'a pas entendu donner, et ses héritiers pourraient faire annuler la quittance, parce qu'il aurait pu le faire lui-même.

Mais la preuve, dans cette hypothèse, ne peut être faite que par écrit, et notamment par la représentation de la contre-lettre donnant à la quittance le caractère indiqué. L'absence de cette contre-lettre ou de toute autre preuve écrite laissant la quittance en présence d'une contradiction purement verbale, on ne pourrait lui faire perdre ce caractère de libéralité s'attachant à son existence même.

1482. — Il est une autre exception plus péremptoire, lorsque, par exemple, la reconnaissance ou la quittance simulée de la dot constituerait une donation excédant la quotité disponible. Jusqu'à concurrence de leur réserve, les héritiers légitimes ne sont plus les ayants cause de leur auteur, ils agissent en vertu d'un droit propre et personnel, et l'exercice de ce droit ne saurait être modifié ou gêné par aucune disposition contraire.

Conséquemment, ce qu'ils pourraient faire contre les libéralités directes ne saurait leur être refusé dans le cas d'une libéralité indirecte. Ils seront donc recevables, dans notre hypothèse, à prouver, même par témoins, que la reconnaissance ou que la quittance de la dot n'est en réalité qu'une donation déguisée.

Cette preuve rapportée, cette donation n'est pas nulle, elle est seulement réductible à la quotité disponible; pour tout ce qui excède celle-ci, les réservataires n'étant que les ayants cause du donateur, la nullité intégrale pourrait cependant être prononcée, si des libéralités précédentes avaient déjà absorbé tout ce dont il était permis

¹ T. III, liv. IV, quest. 8.

² Des Prescript., t. 2, chap. VIII, p. 180.

de disposer, ou bien encore si les parties se trouvaient dans le cas de l'article 1000 du Code civil.

1483. — Les fraudes que le mariage peut offrir dans son origine ne sont rien auprès de celles que la dissolution peut entraîner, soit que cette dissolution s'opère par la séparation de biens, soit qu'elle résulte de la mort de l'un des époux.

La séparation de biens se réalise toujours dans un moment critique pour les tiers. Sa condition la plus essentielle, c'est l'imminence de la déconfiture et de la ruine du mari. C'est donc au moment où pressé par ses créanciers, et ne pouvant satisfaire à ses engagements, il peut entrevoir la misère qui l'attend, qu'il est chargé de régler avec sa femme de la restitution de ce qui lui est dû. Comment pourrait-on supposer que ce règlement ne se ressentira pas de cette position, et que le débiteur ne cherchera pas à s'avantager lui-même en favorisant celle qui va désormais fournir à leurs besoins communs?

Les créanciers ont donc à redouter une double fraude. L'admission de créances et de droits imaginaires en faveur de la femme; évaluation frauduleuse des biens qui vont lui être donnés en paiement. Ajoutons qu'il est une autre fraude pouvant également se réaliser, à savoir : la simulation d'une insolvabilité dans le but de faire prononcer la séparation et de diminuer le gage des créanciers, en transférant à la femme des biens jusque-là soumis à leurs exécutions.

1484. — D'autre fois, la séparation de biens offrira des dangers réels pour la femme elle-même. Irrité de sa démarche et obéissant à un esprit de vengeance et de haine, le mari s'empressera de faire disparaître les ressources qui lui restent, soit par des aliénations, soit par des obligations contractées en fraude de ses droits.

L'imminence du péril, dans un sens comme dans l'autre, a fait dans tous les cas autoriser les moyens les plus énergiques pour prévenir la fraude ou pour la réprimer.

1485. — Ainsi, et relativement à la femme, l'article 869 du Code de procédure civile lui permet de se livrer à tous les actes conservatoires qu'elle juge utile à ses intérêts. Sous cette dénomination générique, cet article comprend toutes mesures tendant à lui conserver les droits dont elle entrera en jouissance après le jugement, et qui lui sont acquis par le fait seul de la demande. On sait effectivement que, quelle

que soit l'époque de sa prononciation, les effets du jugement remontent de plein droit au jour de la demande elle-même.

La femme pourra donc, sans attendre cette prononciation, saisir-arrêter, entre les mains des débiteurs, les sommes dues au mari; saisir-gager les meubles garnissant la maison conjugale; arrêter même les effets déjà aliénés par le mari, et dont l'acheteur ne serait pas encore en possession¹.

Ce sont là tout autant de droits dont l'exercice exige l'exigibilité de la dette pour la sûreté de laquelle il est poursuivi. Or la femme ne peut avoir de créance exigible qu'en tant qu'elle fera prononcer la séparation de biens. Mais, nous venons de le dire, l'effet du jugement remonte au jour de la demande; il sera donc vrai que, lorsque les saisies ont été faites, la femme avait qualité pour les opérer. Il était donc juste de subordonner leur validité à l'événement de la séparation.

Par l'effet de la séparation, la femme commune en biens reprendra l'administration et la jouissance de ses propres, dont les revenus ont été jusque-là acquis à la communauté. Elle peut donc, pour assurer ce résultat, saisir-arrêter les fermages avant que la séparation ait été prononcée. Cette saisie-arrêt doit être maintenue si elle paraît fondée sur des moyens sérieux et plausibles, comme si le mari n'offre aucune solvabilité. Mais la femme, même après la séparation, étant obligée de contribuer aux dépenses du ménage, la saisie-arrêt pourrait n'être maintenue que pour la quote-part excédant sa contribution².

1486. — Du texte de l'article 869 ainsi interprété, il semble, dit Adolphe Chauveau³, qu'on doit conclure *a fortiori* que la femme a le droit de faire apposer les scellés sur les effets de la communauté. C'est ce qui a d'ailleurs été consacré par un arrêt de la cour de Rennes, du 22 juillet 1814.

C'est aussi ce que Toullier admet, mais il ajoute que le mari peut obtenir la levée des scellés, en consentant à faire faire inventaire avec prise, contradictoirement avec sa femme, à la charge par lui de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.

Cette règle prescrite dans le cas de divorce, par l'article 270 du Code civil, pouvait souvent dans cette hypothèse être suivie sans danger, car

¹ Toullier, t. XIII, n^{os} 58 et suiv.; Limoges, 7 mars 1825.

² Caen, 16 mars 1825.

³ Sur Carré, art. 869, quest. 2959.

le divorce n'exigeait pas l'insolvabilité du mari, et sa responsabilité se trouvant engagée était de nature à assurer les droits de sa femme. On pourrait donc la suivre encore dans le cas de séparation de corps. Mais elle nous paraît devoir subir une modification dans l'hypothèse d'une simple séparation de biens. La déconfiture du mari, qui en est la condition essentielle, ne permet pas de reconnaître une valeur quelconque à sa responsabilité, et lui confier, sans autre garantie, les effets de la communauté, serait bien souvent lui permettre de les dissiper au préjudice de sa femme.

Il nous semble donc que dans ce cas le mari devrait être soumis à donner caution jusqu'à concurrence au moins de la portion afférant à la femme. L'obligation de donner caution a été, nous le savons, contestée. Le mari, a-t-on dit, reste pendant l'instance maître et administrateur de la communauté. Mais les motifs qui font maintenir les saisies-arrêts ou gageries reposent cette objection. La séparation obtenue, le mari n'est plus le maître de la communauté à partir de la demande. On peut donc, en attendant la solution définitive, exiger une caution pour la sûreté des droits éventuels de la femme. Dans tous les cas, la femme pourrait suppléer au cautionnement qu'on lui refuserait par une saisie conservatoire.

1487. — Tous ces droits que la femme est admise à exercer sont, il ne faut pas se le dissimuler, des actes extrêmement graves à l'encontre du mari pouvant en éprouver un notable préjudice. Ils peuvent, en effet, par la gêne qu'ils susciteront à son administration, convertir en ruine complète, des embarras qu'il lui eût été, sans cela, possible de surmonter. Il était donc sage, en vue de cette prévision, de ne pas s'en rapporter exclusivement à la femme, et de soumettre son initiative à une autorisation préalable.

C'est au président du tribunal civil que cette autorisation doit être demandée. Seul chargé d'autoriser la poursuite en séparation de biens, il est seul chargé de juger l'opportunité des mesures conservatoires sollicitées par la femme. Mais il y a entre ces deux actes du président cette différence essentielle que, ne pouvant seul apprécier le mérite foncier de la demande en séparation de biens, ce magistrat ne peut se refuser à donner l'autorisation d'en poursuivre l'obtention¹. Il n'en est pas ainsi pour l'exercice des mesures conservatoires ; il peut toujours re-

fuser d'y faire droit ; il le doit même si l'insolvabilité du mari n'était pas notoire et en quelque sorte dès à présent acquise, le danger signalé par la femme n'existe réellement pas.

1488. — Mais la requête de la femme, à ce sujet, n'a pas besoin d'être communiquée au mari. Aucune loi n'impose à la femme la nécessité de faire prononcer sur l'urgence des mesures qu'elle réclame, contradictoirement avec son mari². Le contraire eût été irrationnel. En effet, les actes dont parle l'article 869, étant par leur nature même hostiles au mari, ne peuvent avoir d'efficacité qu'autant qu'ils interviennent à son insu, et avant qu'il soit averti. L'obligation de les lui dénoncer et de l'appeler pour en discuter l'utilité ne pouvait avoir qu'un seul résultat, à savoir : de l'engager à mettre le temps à profit en réalisant, avant toute décision, les fraudes que ces actes ont pour but de prévenir.

1489. — Par une juste réciprocité, l'autorisation du président n'a rien de définitif pour le mari. Il peut toujours, avant le jugement de la séparation, se pourvoir devant le tribunal, à l'effet d'obtenir soit la mainlevée des oppositions qui gêneraient, sans nécessité, l'administration et la gestion de ses biens, soit leur réduction à concurrence des droits devant revenir à la femme.

1490. — La séparation de corps entraîne forcément la séparation de biens. Demander l'une c'est demander l'autre, et dès lors acquérir la faculté de requérir toutes les mesures conservatoires autorisées par l'article 869 du Code de procédure civile.

On avait d'abord soutenu que la femme, demanderesse en séparation de corps, était exclusivement régie par la disposition de l'article 270 du Code civil ; qu'elle n'avait dès lors que la faculté de faire apposer les scellés sur les meubles et effets de la communauté. Mais cette restriction a été abandonnée et devait l'être. Il est évident, en effet, qu'on ne pouvait se relâcher des précautions autorisées, au moment même où le danger qu'elles ont pour but de prévenir est plus réel et plus imminent. Or, c'est ce qui se réalise dans le cas de poursuite en séparation de corps, très-propre à susciter l'irritation et la haine dans le cœur du mari. De ces sentiments à l'idée d'une vengeance par l'aliénation frauduleuse de l'actif, il n'y a pas bien loin.

C'est ce que la loi a compris lorsqu'elle déclare, dans l'article 271 du Code civil, que toute obligation contractée par le mari à la charge de

¹ Lyon, 22 mars 1836.

² Rennes, 22 juillet 1818.

la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles en dépendant, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

Ainsi, dès que la poursuite en séparation de corps a réellement commencé, tout ce que fait le mari est suspect, et la fraude est présumée contre lui dès qu'il peut en résulter un préjudice pour la femme. Nous devons remarquer, en effet, que si la preuve de la fraude est exigée par l'article 241, cette exigence ne concerne que les tiers ayant traité avec le mari. Ceux-ci pouvant être de très-bonne foi, il eût été injuste d'annuler l'acte à leur égard. Mais, par rapport au mari, nous le répétons, l'acte est légalement réputé frauduleux, par cela seul qu'il est postérieur à l'ordonnance dont parle l'article 238. Cependant cette présomption n'exclut pas la preuve contraire.

1491. — La séparation de biens n'est pas soumise, lorsqu'elle n'est qu'un accessoire de la séparation de corps, à la publicité rigoureusement prescrite pour la séparation de biens pure et simple. Ce qui justifie cette différence, c'est que l'une prête moins au soupçon de fraude que la dernière. Elle ne peut d'ailleurs être prononcée que sur la preuve des sévices, injures et violences, preuve que les tribunaux exigeront alors même que le mari ne se défendrait pas. Or, il n'est pas probable que ces excès aient été simulés à l'effet d'arriver à une séparation de biens, à travers une séparation de corps laissant toujours des traces fâcheuses contre l'un des époux.

Mais cette différence n'existe que dans et pour la poursuite, car le jugement rendu, prononçant la séparation de biens, doit avoir la même publicité. Néanmoins il ne serait pas nul s'il n'avait pas été exécuté dans la quinzaine ¹.

1492. — L'action de la femme en séparation de biens, très-favorable sans doute lorsque la nécessité de sauver son patrimoine et de se conserver quelques ressources pour elle et pour sa famille en est le seul, le véritable motif, est une de celles dont on a le plus abusé, et que la fraude a exploitée jusqu'au scandale. Nous en trouvons la preuve dans les débats législatifs qui s'élevèrent à son occasion, dans les efforts qu'on fit pour remédier à un mal que l'expérience venait si énergiquement signaler.

1493. — On avait d'abord songé, dans l'intérêt des créanciers, à les rendre partie dans l'instance, en obligeant la femme à les appeler tous, ou tout au moins ceux qui s'étaient livrés à des poursuites. Le premier de ces moyens fut repoussé non pas seulement à cause de l'impossibilité où pouvait être la femme de connaître tous les créanciers, mais encore par la multiplicité des incidents qui pouvaient en naître, et des frais immenses qu'il occasionnerait.

Le second ne remédia à rien, disait Treilhard. On veut prévenir le concert des deux époux? Mais si ce concert existe, ils ne manqueront pas d'avoir à leur disposition quelques créanciers supposés, par lesquels ils feront entamer des poursuites, afin que la femme en les appelant paraisse remplir la condition imposée à la séparation, et elle alléguera ensuite qu'elle n'a pas connu les autres créanciers, qui seront les seuls véritables ².

On convint donc qu'il fallait recourir à d'autres moyens pour sauvegarder les intérêts des créanciers, tout en les conciliant avec ce que la position de la femme exigeait. Ce qu'il fallait, c'était une instance publique dans toutes ses phases, dans laquelle les créanciers, sans qu'il fût besoin de les appeler, pussent intervenir pour la conservation de leurs droits, indépendamment du droit d'attaquer le jugement rendu sans leur concours. C'est ce résultat qu'on a voulu consacrer en prescrivant : 1^o la publicité de la demande; 2^o les conditions pour son admission et l'époque à laquelle il pourrait y être statué; 3^o la publicité du jugement; 4^o son exécution dans un délai déterminé.

1494. — 1^o Publicité de la demande :

La demande en séparation de biens doit être intentée contre le mari seul. Nous venons de voir que l'obligation d'y appeler les créanciers fut repoussée. Cette obligation n'existe que dans le cas de faillite. Mais, dans cette hypothèse même, les syndics sont appelés plutôt comme exerçant les actions du mari que comme les représentants des créanciers.

Les articles 866, 867, 868 du Code de procédure civile règlent les formalités à suivre pour donner à la demande le plus de notoriété possible. Cette publicité a pour but de mettre tous les créanciers à même de surveiller leurs droits, d'intervenir même dans l'instance pour empêcher toute collusion dommageable pour eux.

1495. — On avait eu un instant la pensée de soutenir que les créanciers intervenants ne pouvaient contester la séparation, que leur droit se bornait à assurer l'exactitude de la liquida-

¹ Bordenaux, 4 fév. 1811; Delvincourt, v. II, p. 3.

² Procès-verbal du 15 vœu de la séance au XII; Lozé, t. XIII, p. 200.

tion. Mais cette opinion est universellement abandonnée. La séparation préjudicie aux créanciers en ce sens qu'elle enlève à leurs exécutions la partie de l'actif qui sera transférée à la femme. La nécessité de ce transfert résulte de l'admission de la séparation en principe. On ne saurait donc contester aux créanciers la faculté de s'opposer à celle-ci, dès qu'ils ont intérêt à en récusar les conséquences.

D'ailleurs, la publicité ordonnée a surtout pour objet d'éclairer la justice sur l'opportunité de la séparation et la réalité de ses griefs. Cette séparation pourrait n'être que le résultat d'un concert frauduleux entre les époux; l'insolvabilité du mari pourrait n'être qu'une simulation. C'est précisément contre cette éventualité que la loi a entendu se prémunir. Réduire les créanciers à l'impuissance de prouver l'une et l'autre, c'était donc méconnaître la pensée et l'intention formelle du législateur.

Cette pensée et cette intention se manifestent d'ailleurs nettement dans la disposition de l'article 871. Les créanciers peuvent, jusqu'au jugement définitif, requérir communication de la demande en séparation et des pièces justificatives. Les pièces justificatives de la demande en séparation ne peuvent être que les documents établissant l'insolvabilité du mari. Conséquemment, si la loi entend les soumettre à l'examen des créanciers, c'est qu'elle leur reconnaît le droit de les débattre, d'en contester la sincérité et d'empêcher la séparation en les faisant rejeter du procès.

1406. — Les formalités exigées par les articles 866, 867, 868, le sont à peine de nullité. Leur violation est, aux yeux de la loi, la preuve de la collusion et de la fraude, et cette présomption n'admet aucune preuve contraire. Cette nullité peut être invoquée par les créanciers, par le mari lui-même. Il n'y a que la femme qui ne puisse jamais s'en prévaloir.

1407. — 2^e Conditions pour l'admission de la demande, époque du jugement.

La publicité prescrite eût été une vaine garantie, si la femme avait pu requérir jugement immédiatement après l'accomplissement des formalités exigées. Puisqu'on appelle en quelque sorte les créanciers à intervenir, il fallait bien leur accorder le temps moral pour réaliser leur intervention. C'est dans ce sens que l'article 869 dispose que le jugement sur la séparation ne pourra être rendu qu'un mois après l'accomplissement

des formalités prescrites par les articles précédents. Mais ce délai est uniforme pour tous les créanciers, sans avoir égard à la distance de leur domicile respectif. Agir autrement, c'était perpétuer l'instance et mettre la femme dans l'impossibilité d'user utilement de son droit. Ne connaissant pas tous les créanciers, elle n'aurait pu apprécier avec certitude le moment où il lui serait enfin permis de requérir jugement.

D'ailleurs les créanciers ne sont pas parties nécessaires. Ils peuvent intervenir; et, quel que soit leur éloignement, un mois est un délai suffisant, surtout après la publicité que reçoit la demande, pour les mettre à même de réaliser leur intervention.

1408. — Le délai exigé par l'article 869 est prescrit à peine de nullité. Ainsi le jugement rendu avant l'expiration du mois est frappé d'une nullité radicale. Cet effet est surtout dans l'intérêt des créanciers et du mari¹. Eux seuls sont donc recevables à s'en prévaloir. La femme ne serait pas admise à l'invoquer. Outre qu'elle exciperait de sa propre faute, ce serait l'autoriser à se ménager le moyen d'annuler la séparation, en enseignant à dessein les formes qu'elle doit religieusement observer.

1409. — Les conditions mises par la loi au jugement de séparation se résument toutes dans l'obligation pour la femme de prouver que sa demande est fondée, c'est-à-dire que sa dot est réellement en péril, et que le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que ses biens ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme².

Cette obligation est rigoureusement prescrite, et les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle soit strictement accomplie. La volonté du législateur se manifeste à cet égard avec le plus vif éclat par l'article 870 du Code de procédure civile, aux termes duquel, en l'absence même de tout créancier, l'aveu du mari ne fera pas preuve des faits allégués par la femme. Cet aveu pourrait et devrait, dans ce cas, être considéré, soit comme une simulation déguisant une séparation volontaire proscrire par la loi, soit comme une voie détournée pour avantager la femme au préjudice des enfants ou héritiers qu'on tente ainsi de dépouiller.

1500. — La femme est donc tenue, en tous les cas, de prouver les faits servant de fondement à la séparation de biens. Cette preuve résulterait de celle de l'existence de dettes et de

¹ Thomine Desmazures, t. II, p. 474; Chauveau, sur Carré, art. 869.

² Art. 1445 du Code civil.

dérables à la charge du mari, des actes d'exécution mobilière ou immobilière qui en seraient résultés; de l'impossibilité où se trouverait le mari de pourvoir aux besoins du ménage, comme si ses revenus avaient été saisis, ou que des aliénations successivement consenties en eussent tari les sources; enfin de la preuve testimoniale que la femme est toujours recevable à fournir.

1501. — Il ne saurait même exister aucun doute sur le droit des tribunaux d'ordonner d'office cette dernière, toutes les fois que les éléments soumis à leur appréciation ne sont pas suffisants pour former leur conviction. Il est de la prudence et de la sagesse des magistrats, avant de sanctionner une mesure définitive, dans un sens ou dans l'autre, d'épuiser tous les moyens susceptibles d'éclairer leur religion et de donner à leur décision le plus de certitude possible. Seulement le jugement qu'ils rendraient dans cette hypothèse devrait coter les faits sur lesquels ils entendent faire porter l'enquête¹.

Le mois étant expiré et la preuve étant fournie, la séparation peut et doit être prononcée.

1502. — 3^e Publicité du jugement.

Les formalités parcourues jusqu'ici ont pour objet d'amener l'intervention des créanciers. Ce droit est évidemment perdu, dès que la demande est consacrée par un jugement. Reste la faculté pour les créanciers de former tierce opposition au jugement. Non moins jaloux de favoriser celle-ci que l'intervention elle-même, le législateur a voulu que l'existence du jugement fût rendue notoire et publique de la même manière qu'il prescrirait naguère la publicité de la demande.

1503. — Les formes de la publicité du jugement sont réglées par l'article 872 du Code de procédure civile, dont les prescriptions doivent être rigoureusement exécutées sous peine de nullité.

Ce qui a pu rendre l'admission de cette peine douteuse, c'est le silence gardé à cet égard par l'article 872. On a pu, dès lors, dire que les nullités ne se suppléant pas, on ne saurait accueillir, dans notre hypothèse, celle sur laquelle le législateur garde le silence. Mais le doute est complètement dissipé, en ce qui concerne l'article 872, par l'article 1445 du Code civil; celui-ci en effet dispose : Que toute séparation de biens doit être rendue publique avant son exécution, à peine de nullité. Il est vrai que le mode de publicité exigé par l'article 1445 est moins étendu que celui ordonné par l'article 872. Mais

ce mode n'a rien de limitatif, il est purement énonciatif, et si le législateur n'a pas achevé sa pensée, c'est que, ainsi que cela résulte de la discussion, il a voulu se borner, dans le Code civil, à poser les principes dont il renvoie les développements au Code de procédure.

L'article 872 n'est que la conséquence et la réalisation de cette intention. Il y a donc entre lui et l'article 1445 la relation intime existant entre un principe et ses déductions. Toutes ces dispositions se relient donc nécessairement à celle de cet article, et se placent naturellement sous l'empire de la sanction pénale qui y est édictée. C'est ainsi que l'a admis la jurisprudence².

C'est d'ailleurs ce que prouvent ces derniers mots de l'article 872 : *La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies*. Or si, d'une part, le jugement doit être exécuté dans la quinzaine, sous peine de nullité; si, d'autre part, cette exécution n'est régulièrement commencée qu'après l'accomplissement des formalités, il est évident que, ne pas se livrer à cet accomplissement, c'est déterminer l'annulation du jugement.

1504. — 4^e Exécution du jugement.

La séparation de biens ne doit pas être une simple précaution, qu'on se réserve d'exécuter dans une occasion favorable et qu'on puisse aussi opposer ou non aux créanciers. Si les affaires du mari, dit Delvincourt, sont réellement en désordre, la femme doit se hâter de faire exécuter le jugement, autrement le désordre n'est qu'apparent³.

Il importe d'ailleurs que la division d'intérêts, qui doit en résulter, soit au plus tôt exécutée. Il ne faudrait pas que le mari pût tromper ceux avec qui il pourra ultérieurement traiter, par la possession et la jouissance d'un patrimoine qui n'auraient que l'apparence, et qu'il pourrait, de concert avec sa femme, faire bientôt évanouir.

L'absence d'exécution du jugement est donc une présomption de collusion, entre les deux époux, de fraude contre les tiers. A ce double titre, on ne pouvait que tourner l'une et l'autre contre leurs auteurs, en annulant le jugement dont ils ont voulu ainsi abuser.

De là la disposition de l'article 1444, suivant laquelle la séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle, si elle n'a pas été exécutée par le paiement réel des droits et reprises

¹ Nancy, 24 mai 1827.

² Voy. les nombreux arrêts cités par Chauveau, sur

Corré, art. 872, quest. 2946 2^e.

³ T. III, p. 410, note 6.

de la femme, effectué par acte authentique jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement et non interrompues depuis.

1505. — Ainsi le délai de rigueur pour l'exécution est de quinzaine. Dans cet intervalle, la femme doit être payée; cependant comme la résistance du mari, ou des circonstances nées de sa position elle-même, peuvent rendre ce paiement impossible, la loi consent à considérer comme équipollent les poursuites commencées par la femme avant l'expiration de ce délai. à la seule condition qu'elles n'aient pas été interrompues.

1506. — La nécessité d'agir dans la quinzaine, ainsi que le veut l'article 1444 du Code civil, a été d'abord controversée. On a soutenu que l'article 872 du Code de procédure civile avait abrogé le premier, et l'on faisait résulter cette abrogation de ces termes : *Sans que néanmoins il fût nécessaire d'attendre l'expiration du délai d'un an*. Or, de cela que l'exécution peut être faite avant la fin de l'année, il n'en résulte pas, disait-on, qu'elle dût avoir lieu dans tel autre délai déterminé. Il semble au contraire qu'il faut en induire qu'on pourra ne la réaliser qu'après son expiration.

Mais le contraire a été depuis universellement admis par la doctrine et la jurisprudence. Cette admission rend toute discussion oiseuse; nous nous contenterons donc de nous en référer aux motifs des arrêts rendus par la cour de cassation et à l'opinion des auteurs qui ont écrit sur le Code de procédure¹.

Ainsi l'exécution par le paiement réel, ou par le commencement des poursuites, doit avoir lieu dans la quinzaine du jugement; ce délai court du jour de la prononciation. Il est visible que si on l'avait fait dépendre de la signification, la femme pourrait le prolonger à son gré, en retardant cette signification tant qu'elle le jugerait utile à ses intérêts et à ceux de son mari. On retomberait donc dans l'inconvénient que la prompte exécution a pour objet de prévenir.

1507. — Par une conséquence de cette règle, on a exigé que l'exécution, même volontaire, fut constatée par acte authentique. Cependant cet acte pourrait être utilement remplacé par tout autre acte ayant date certaine. Le but de la loi était d'enlever toute incertitude sur le moment de l'exécution, toute chance de fraude dans

la date, est aussi bien rempli par le second que par le premier.

1508. — Si l'exécution consiste dans le paiement, elle n'est valable que par un paiement réel et intégral. Comme la loi ne pouvait d'ailleurs vouloir l'impossible, elle considère comme paiement intégral celui qui, quoique partiel, absorberait toutes les ressources du mari. Or, on ne considère comme tel que celui qui se réalise jusqu'à concurrence des biens du mari, sans distinction de meubles ou d'immeubles. Ainsi, la femme qui, sachant que le mari possède des immeubles, aurait négligé de se faire payer, et se serait contentée de la cession de tout le mobilier, ne serait pas censée s'être conformée au vœu de la loi, si ce mobilier n'éteignait pas l'intégralité de sa créance. Le jugement de séparation serait nul pour défaut d'exécution².

1509. — A défaut de paiement réel, l'exécution doit être poursuivie contre le mari, et la poursuite commencée dans le délai de quinzaine doit être poursuivie sans interruption. Ainsi, il a été décidé que l'exécution volontaire ou forcée commencée régulièrement, puis renvoyée d'un commun accord à une époque ultérieure, devait être considérée comme nulle et motiver conséquemment l'annulation du jugement.

Au reste, il n'entre pas dans notre matière de rechercher quels sont les actes constituant l'exécution; c'est là d'ailleurs une question que la loi confère à l'arbitrage souverain du juge. Tout ce que nous répéterons, c'est que cette exécution doit être accomplie ou tout au moins commencée dans la quinzaine, et que ce délai est tellement rigoureux que l'exécution, dommée le seizième jour, entraînerait la nullité du jugement³.

1510. — Cette règle ne comporte qu'une seule exception, à savoir : lorsque la femme a été empêchée d'agir par des obstacles de force majeure, indépendants de sa volonté. Cette circonstance est laissée à l'appréciation des juges, mais elle serait facilement admise si, après le jugement, le mari avait été déclaré en état de faillite. Il est évident que dans cette hypothèse le paiement réel est impossible, qu'on ne peut en exiger aucun, si ce n'est aux conditions et aux formes voulues; que les poursuites contre les syndics n'aboutiraient à aucun résultat utile. Il serait donc frustratoire d'imposer à la femme l'obligation d'en réaliser aucune. D'ailleurs, la crainte de la fraude, que l'exécution a pour but

¹ Voy. Chauveau, sur Carré, art. 872.

² Colmar, 30 novembre 1838.

³ Rouen, 27 avril 1816, cass., 11 juin 1818; Toullier, t. XII, n° 80.

de rendre impossible, ne peut plus exister, dès qu'il y a faillite déclarée. En conséquence, la remise de ses titres, faite par la femme entre les mains des syndics, constituerait une exécution valable.

1511. — Le jugement, précédé et suivi des formalités que nous venons de rappeler, est parfaitement régulier; il devient définitif entre époux, dès qu'il a été légalement exécuté, mais il ne l'est pas encore contre les tiers. L'article 1447 du Code civil pose en principe que les créanciers ont la faculté de l'attaquer encore et de le faire réformer, s'il a été rendu en fraude de leurs droits. Cette action a été depuis limitée à la durée d'un an par l'article 873 du Code de procédure civile.

1512. — L'expiration de l'année rendrait donc le jugement inattaquable, à une condition cependant, à savoir : en tant, aussi que le prescrit l'article 873 lui-même, que toutes les formalités exigées par les articles précédents ont été remplies. L'attaque en nullité du jugement, pour violation de ces formalités, est donc laissée en dehors de la prescription annale. Cette conséquence, signalée par Merlin, a été admise en doctrine et en jurisprudence¹.

Ainsi l'action en nullité, pour défaut de publicité de la demande ou du jugement, celle fondée sur l'absence d'exécution dans la quinzaine, ne se prescrit pas par le silence gardé plus d'un an. Elle n'est éteinte que par la prescription ordinaire en matière d'action. Cette règle est absolument vraie pour les créanciers existants lors de la poursuite en séparation. Mais elle se modifie dans l'application qui en serait poursuivie par les créanciers postérieurs. Il convient, par rapport à ceux-ci, de distinguer la nullité fondée sur le défaut de publicité de celle résultant d'une exécution tardive.

Ils peuvent exciper de la première par deux raisons : d'abord, parce que le défaut de publicité de la demande les a empêchés de connaître le projet de séparation; le défaut de publicité du jugement a pu leur faire croire qu'après avoir été tentée, cette séparation a été abandonnée. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'erreur, dans laquelle ils ont pu être de bonne foi, leur a causé un préjudice, car elle a été la cause unique du traité qu'ils n'auraient pas consenti s'ils eussent connu la séparation. On doit donc les en relever en leur permettant de demander la nullité de la demande ou du jugement. La seconde raison est

que le mari lui-même étant recevable à exciper du défaut de publicité, ses créanciers, exerçant ses droits aux termes de l'article 1166, peuvent, sans contredit, agir dans ce sens comme il aurait pu le faire lui-même.

1513. — Mais les créanciers postérieurs ne peuvent se prévaloir de la nullité fondée sur l'exécution tardive du jugement de séparation, que si cette exécution ne s'est elle-même réalisée que postérieurement à leurs créances. Dans ce cas, cette exécution constituerait une atteinte à leurs droits et ils seraient fondés à en demander la nullité comme faite en fraude de ces droits. Mais ils ne pourraient prétendre qu'il en fût ainsi, si l'exécution, quoique tardive, avait cependant précédé le traité par suite duquel ils sont devenus créanciers. Comment pourraient-ils soutenir que leur débiteur a agi pour nuire sciemment à des droits qui n'existaient même pas? Ils ne pourraient donc attaquer l'exécution que comme ayant cause de leur débiteur et qu'en tant que celui-ci serait recevable à le faire. Or le mari, qui a tardivement exécuté, ne peut revenir contre son propre fait, ni se faire relever de sa faute.

1514. — Le rapprochement des articles 1447 du Code civil et 873 du Code de procédure civile a fait naître une difficulté sérieuse. Le premier permet d'attaquer la séparation faite en fraude des droits des tiers; l'article 873 admet la tierce opposition, par cela seul qu'il y a eu séparation de biens, et en limite la durée. Le délai d'un an est-il applicable seulement à ce droit? S'étend-il en outre à celui de fraude, alors même que la découverte de celle-ci n'aurait eu lieu qu'après son expiration?

Pigeau et Favard de Langlade enseignent l'affirmative. Ils soutiennent que le délai de l'article 873 est fatal et s'applique à tous les cas². Mais le contraire est professé par Demiau-Crouillac et Chauveau. Ceux-ci pensent que la fraude faisant exception à tous les principes, l'action des créanciers pour sa répression doit durer dix ans, suivant le premier; trente ans, d'après le second³.

Nous résoudreons à notre tour la difficulté par une distinction entre la séparation en principe, et les conséquences qu'elle est dans le cas d'entraîner.

En principe, la séparation de biens doit être prononcée, dès que l'insolvabilité du mari met en péril les droits de la femme. En pareille oc-

¹ Chauveau, sur Carré, art. 873, quest. 2938.

² T. II, p. 576; t. V, p. 190, n° 12.

³ P. 547, sur Carré, art. 873, quest. 2939.

rurrence donc, la fraude consistera dans les moyens pris pour simuler cette insolvabilité; pour rendre ce péril apparent, sinon réel. Or, une fraude de cette nature est dans le cas d'être bientôt découverte, surtout lorsque les créanciers sont nécessairement mis sur la voie par les communications qu'ils peuvent exiger en vertu de l'article 871 du Code de procédure civile.

Dans tous les cas, le législateur a pensé qu'un délai d'un an suffirait pour cette découverte, et s'il a fixé un terme aussi court, c'est que la séparation modifiant l'état des époux et les droits d'administration du mari, il importait de ne pas laisser ses effets indéfiniment en suspens.

Nous estimons donc qu'après l'expiration de l'année, sans que le jugement ait été attaqué, la séparation est définitivement acquise en principe. Il n'appartient plus à personne de la faire révoquer, même sous prétexte de fraude ultérieurement découverte. Il y a eu négligence à ne pas la découvrir plus tôt. Elle est désormais irrévocable.

Mais il n'en est pas de même quant à ses conséquences. La plus immédiate est sans contredit la liquidation dans l'exécution de laquelle pourront se réaliser les fraudes les plus préjudiciables aux créanciers. Ces fraudes, résultant d'actes préparés peut-être de longue main, ne seront pas toujours faciles à découvrir, et on ne parviendra à en démontrer l'existence que par le bénéfice du temps et à l'aide d'événements imprévus.

En conséquence, assigner à cette découverte le simple délai d'un an, c'était la restreindre dans un cadre évidemment trop étroit; encourager et favoriser la fraude; consacrer une convention inique par laquelle, sous prétexte d'acquitter une dette, le mari donne réellement une portion de son patrimoine au préjudice et en fraude des droits de ses créanciers; c'était, en un mot, faire courir une prescription contre ceux que le dol a mis dans l'impossibilité d'agir, et consacrer l'extinction de l'action avant qu'elle ait pu être exercée. Un pareil résultat a-t-il pu entrer dans les prévisions du législateur? Pourrait-on le concilier avec tant et de si minutieuses précautions pour prévenir la fraude?

L'évidence du contraire a fait admettre par tout le monde la distinction que nous indiquons. On a compris qu'autre chose était la séparation, autre chose la liquidation, qu'on pouvait, qu'on devait même les considérer distinctement au point de vue de la prescription. Toutefois, on a en même temps soumis l'application de cette règle à la manière dont la liquidation a été prononcée. Le délai de l'article 873, a-t-on dit, sera

applicable à la liquidation, si le jugement statuant sur la séparation statue en même temps sur la liquidation; celle-ci n'est plus dans ce cas que l'accessoire de l'autre, et le principal devenu inattaquable, l'accessoire ne pourrait plus l'être. Mais le contraire doit être admis si la liquidation n'a été prononcée que par un jugement postérieur et distinctif. Ce qui doit le faire décider ainsi, c'est la publicité que la liquidation acquiert dans le premier cas par la publication du jugement de séparation.

Nous n'admettons pas un pareil système, car il est dénué de tout fondement juridique. Si la liquidation n'est qu'un accessoire lié au sort du principal, il importe peu qu'il y ait été statué par le même jugement ou par un jugement distinct. L'existence de ce dernier ne peut lui faire perdre ce caractère. Un fait est nécessairement indépendant du mode de sa constatation. Il existe ou il n'existe pas; conséquemment si la liquidation n'est qu'un accessoire de la séparation dans le cas d'un seul jugement, il le demeure forcément dans celui de deux jugements.

Eu fait et en droit, la liquidation est la conséquence immédiate, et non l'accessoire de la séparation. Le droit d'attaquer l'une ou l'autre reste distinct et obéit à des principes différents. On doit donc le distinguer sans cesse et dans tous les cas. Quant à l'argument tiré de la publicité du jugement de séparation, nous n'avons à faire remarquer que cette circonstance, à savoir : que cette publicité ne concerne que la séparation en elle-même; que c'est à son occasion qu'elle est exclusivement prescrite; que dès lors les créanciers ne peuvent être obligés d'y voir autre chose.

Nous n'admettons pas non plus qu'on puisse soumettre à l'article 1304 la prescription de l'action en révocation de la liquidation comme faite en fraude des droits des créanciers. Cet article ne régit que la nullité ou la rescision des conventions; il ne peut donc s'appliquer à la rétractation d'un jugement. La demande de celle-ci reste soumise, quant à sa durée, au droit commun en matière d'action, et ce droit commun n'est pas autre chose que la prescription trentenaire.

Ainsi, il y a deux choses parfaitement distinctes dans la poursuite en séparation : la séparation elle-même, la liquidation. L'une et l'autre pouvant receler la fraude, le droit des créanciers à se pourvoir contre chacune d'elles ne saurait être contesté. Le droit est distinct, car il s'agit d'un fait différent, la fraude faite dans la liquidation n'étant pas de la même nature que celle ayant présidé à la séparation. Dans un intérêt public, en quelque sorte, la faculté d'attaquer la séparation

a été limitée à la durée d'un an. Rien de pareil ne militant pour la liquidation, l'action pour la faire révoquer dure trente ans.

C'est au reste dans ce sens que la cour de cassation s'est enfin prononcée. Par arrêt du 4 décembre 1813, elle avait consacré le système que nous combattons, mais la résistance que ce système rencontrait dans la plupart des cours l'a fait proscrire par la cour suprême. Voici dans quels termes elle a, le 11 novembre 1835, sanctionné celui que nous venons d'indiquer :

« Considérant que l'action en séparation de biens et l'action en liquidation des reprises de la femme sont essentiellement distinctes; que si elles peuvent être formées et jugées simultanément à raison de leur connexité, elles ne cessent pas d'être différentes par leur nature et leur objet; que la demande en séparation a pour objet de modifier l'état des époux et les droits d'administration appartenant au mari, il importe de ne pas prolonger l'incertitude sur cette demande, et de fixer un bref délai dans lequel les créanciers du mari sont tenus d'attaquer le jugement qui a prononcé la séparation; que tel est le motif qui a déterminé la disposition exceptionnelle insérée dans l'article 873 du Code de procédure civile;

« Considérant que ce motif ne peut être allégué à la liquidation des reprises de la femme, qu'elle soit opérée par le jugement même de séparation ou par un jugement séparé; que dans les deux hypothèses, la disposition qui statue sur la liquidation est de la même nature et soumise au droit commun;

« Que le principe général accorde aux créanciers le délai de trente ans pour former tierce opposition aux jugements qui préjudicient à leurs droits; que l'exception à cette règle, admise par l'article 873, est limitée à la séparation de biens; qu'aucune disposition n'a dérogé à ce principe à l'égard des condamnations prononcées par le jugement de séparation;

« Qu'il résulte des articles 865 et suivants du Code de procédure civile, 1444 et 1445 du Code civil combinés, que les formalités prescrites par leurs dispositions ont pour objet et pour résultat de donner de la publicité à la séparation, mais n'en donnent pas à la liquidation; qu'on ne pourrait appliquer le délai d'un an aux condamnations prononcées par le jugement, sans exposer les créanciers du mari à perdre leur droit de tierce opposition avant d'avoir pu l'exercer ». »

1515. — En résumé, la loi, désireuse d'assurer la conservation des droits des créanciers et d'empêcher, en ce qui les concerne, les effets d'une séparation frauduleuse, leur confère la faculté :

1^{re} De poursuivre la nullité du jugement pour défaut de publicité de la demande ou du jugement lui-même, ou pour violation des formes prescrites à l'une et à l'autre. Quelle que soit la cause de nullité, l'effet en résultant est de frapper non-seulement le jugement, mais encore la procédure qui a été suivie, de telle sorte que la demande en séparation ultérieurement formée devrait nécessairement être instruite aux formes de droit. La faculté de faire prononcer la nullité du jugement ne se prescrit que par trente ans.

2^{re} De former tierce opposition contre le jugement de séparation régulièrement poursuivi, obtenu et exécuté. La séparation des biens étant toujours préjudiciable aux créanciers par la division d'intérêts qu'elle crée entre le mari et la femme, il est juste de leur reconnaître le droit d'en contester l'opportunité et la nécessité. L'exercice de ce droit doit être réalisé dans l'année du jugement, sous peine d'en être définitivement déchu.

3^{re} Enfin, de demander la révocation de la liquidation, comme fait en fraude de leurs droits. Il importe peu que cette liquidation ait été prononcée par le jugement de séparation ou par un jugement distinct et séparé, il suffit qu'elle soit frauduleuse, injuste et mensongère pour qu'elle puisse être attaquée. L'action des créanciers n'est éteinte que par la prescription de trente ans.

1516. — Nous avons déjà dit que, relativement au mari et à ses créanciers, l'effet de la séparation, quelle que soit l'époque de la prononciation, remonte au jour de la demande. Cet effet rétroactif est-il applicable aux tiers qui, dans l'intervalle de l'une à l'autre, ont traité avec le mari ?

Une grande controverse s'est élevée sur ce point, et la doctrine est fort divisée. Pigeau enseigne la négative. Il pense qu'on ne saurait recourir contre les tiers de bonne foi, qu'on ne pourrait soumettre à subir l'effet rétroactif de l'article 1445 du code civil qu'en tant qu'on prouverait leur collusion et leur fraude ².

D'autres auteurs veulent au contraire que cet effet atteigne les tiers, indépendamment de

¹ Voy. Dalloz, *Dict. général*, v^o *Sép. de biens*.

² D. P., 33, 1, 441; V. 36, 1, 98; Zachariæ, t. III, p. 476.

³ T. II, p. 541.

leur bonne ou mauvaise foi, et par cela seul qu'ils ont traité avec le mari durant l'instance en séparation. *Les non distingué*, disent les annotateurs de Zachariæ¹. La généralité des termes du second alinéa de l'article 1445 est d'autant plus décisive que l'ensemble de cet article ne peut laisser aucun doute sur le véritable esprit de la loi. En effet, après avoir prescrit, dans l'intérêt des tiers, les formalités nécessaires pour donner la plus grande publicité aux séparations de biens, le législateur s'est hâté de poser, dans un second alinéa, le principe de la rétroactivité des jugements de séparation, comme s'il avait craint qu'on n'induisit de sa première disposition la fausse conséquence que l'effet de pareils jugements est retardé, à l'égard des tiers, jusqu'après l'accomplissement des formalités mentionnées dans cette disposition. D'ailleurs les articles 866 à 869 du Code de procédure civile supposent bien évidemment le principe dont s'agit, puisque la publication qu'ils prescrivent ne peut avoir d'autre objet que de mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement qui prononcera la séparation de biens. Enfin, il faut bien le reconnaître, sans cette rétroactivité, il dépendrait du mari de rendre absolument inefficace ou illusoire le remède de la séparation.

Le défaut de cette opinion est d'être absolue, et de se placer ainsi en contradiction avec un principe aussi certain qu'incontestable. Pendant le procès, le mari conserve l'administration, même des biens personnels de la femme. Or, comment concilier ce droit d'administrer avec la nullité complète, à l'égard des tiers eux-mêmes, de tous les actes que cette administration nécessitera ?

Il est vrai que cette administration peut devenir, de la part du mari, la source de graves abus, mais le législateur a entrevu cette éventualité et s'est bien gardé de laisser la femme dans l'impossibilité de les prévenir. C'est précisément contre cette éventualité que l'article 869 a été édicté. Ainsi la femme pourra saisir-arrêter les sommes dues au mari, les fermages de ses biens personnels, les récoltes pendantes, faire enfin apposer des scellés sur le mobilier de la communauté. A quoi bon toutes ces mesures conservatoires, si la demande en séparation conserve par elle-même les droits de la femme, à tel point que tout ce que le mari fera après la publication restera frappé de nullité même à l'égard des tiers de bonne foi ?

Si telle avait été la pensée du législateur, il y avait un moyen fort simple de la réaliser, c'était de suspendre le droit du mari pendant la litispendance. Ce moyen eût été également plus économique pour les époux et plus juste envers les tiers, dont les intérêts auraient été ainsi sauvegardés. Mais laisser l'administration au mari, et puis annuler tous ses actes, c'est sacrifier ceux-ci et leur préférer ceux de la femme, c'est accorder le principe en en prohibant les conséquences. Il n'est pas possible d'admettre que le législateur ait voulu l'une et l'autre.

En conséquence, et sauf l'obstacle que la femme peut y apporter par la réalisation des mesures conservatoires autorisées par l'article 869, le mari, continuant après la demande d'administrer les biens, les oblige valablement vis-à-vis des tiers. Est-ce à dire cependant qu'il pourra profiter de cette administration et multiplier la fraude imputable ? Non évidemment, car si la séparation de biens ne fait pas cesser l'administration du mari, elle ne cesse pas de la modifier profondément. A partir de la publication de la demande, pour les tiers eux-mêmes, ce droit n'est plus en quelque sorte que provisoire, ne se réalise plus que pour les actes urgents, indispensables à la conservation ou à la gestion ordinaire des biens; rien ne les empêche donc de traiter dans ces limites, mais la fraude serait plus ou moins présumée contre eux, selon que l'acte qu'ils ont contracté s'éloignerait plus ou moins de ce caractère.

1517. — Nous croyons donc que la solution de notre question doit obéir à une distinction inévitable. Ainsi le mari continuant d'administrer la communauté, il importe, dans l'intérêt même de la femme, qu'il puisse faire tout ce qui est indispensable pour prévenir un dépérissement ou des non-valens. Il pourra donc, comme il l'a toujours fait, recueillir et vendre les récoltes, continuer les baux à renouveler, retirer les capitaux échus. D'ailleurs, on doit d'autant mieux le décider ainsi que, par cela seul que le mari est obéré, il y a certitude que la femme renoncera à la communauté, et que dès lors tout obstacle à l'administration aurait été en pure perte. A quoi bon, dès lors, un système tendant à rendre cette administration impossible ? A quoi bon encore, dirons-nous, même dans l'hypothèse d'une acceptation, lorsque la femme a le droit de saisir-gager les fruits, d'arrêter les capitaux aux mains des débiteurs, de provoquer l'apposition des scellés sur le mobilier commun ?

En conséquence les tiers qui, postérieurement à la demande en séparation, mais en l'absence

¹ T. III, p. 478, note 34; C. Toullier, t. XIII, n° 101 et suiv.; Dalloz aloc, t. X, p. 243, n° 47.

de tout acte conservatoire de la part de la femme, ont traité avec le mari dans les limites de son administration, ne peuvent être recherchés que s'ils ont agi de mauvaise foi; que si l'acte qu'ils ont souscrit a été fait sciemment par eux en fraude des droits de la femme. Leur bonne foi rend cet acte inattaquable, car la femme, en s'abstenant de prendre les mesures conservatoires qu'elle peut requérir, aurait tendu un piège dont les tiers ne peuvent être les victimes. Sans doute la publicité de la demande en séparation de biens les avertit du danger menaçant l'administration du mari. Mais ils savent également que pendant procès cette administration se continue; ils savent aussi que la femme a la faculté de conjurer les périls auxquels elle est exposée; et si celle-ci s'est tue, pourquoi exigerait-on de leur part une susceptibilité plus ombrageuse que celle de la partie la plus directement intéressée? Ils ont donc pu, en cet état, traiter légalement avec le mari, et ils ne doivent être recherchés que s'ils ont sciemment fraudé les droits de la femme.

Il n'en serait pas de même pour les actes d'aliénation résultant soit d'obligations, soit de ventes contractées par le mari. Ces actes ne sont plus de pure administration, et la femme ne pouvait prendre aucune mesure propre à les prévenir ou à les empêcher. Dès lors aussi la publicité donnée à la demande en séparation doit être considérée comme suffisante pour empêcher les tiers de consentir de pareils actes. Celui-là donc qui, malgré cet avertissement, qui, malgré la certitude de la modification qu'a subie le droit ordinaire du mari, lui a prêté de l'argent ou a acquis de lui un objet mobilier ou immobilier, ne peut se soustraire à l'effet rétroactif de l'article 1445. Une pareille conduite fait présumer la fraude et légitime l'application de la peine à laquelle le tiers s'est bien volontairement exposé.

Cette présomption de fraude est au surplus avouée par la raison et le bon sens. Un emprunt, une vente doit paraître extraordinaire dès l'instant qu'il existe une demande en séparation régulièrement publiée. On ne prête pas, on n'achète pas de celui qu'on sait devoir être bientôt dépouillé de la propriété des choses qu'il affecte ou qu'il aliène. Le tiers qui agit autrement ne peut y être déterminé que par l'intention de faire une bonne affaire et de s'approprier les avantages que la position du mari lui commandera d'offrir ou d'accepter. Cette pensée, si d'ailleurs le profit espéré s'est réalisé, est exclusive de bonne foi. N'y eût-il d'ailleurs qu'impru-

dence, que le tiers ne pourrait se plaindre de ce qu'on lui en fit supporter les conséquences: *volenti non fit injuria*. Or telle est la position de celui qui prête ou achète après avoir été mis à même de connaître l'existence de la demande en séparation de biens.

Vainement prétendrait-il l'avoir ignorée. La publicité prescrite par la loi, et régulièrement accomplie, ne permettrait pas d'accueillir une pareille excuse. Ce qu'il a pu personnellement ignorer, des renseignements que la loi prescrit de prendre pour s'assurer de la condition de celui avec qui on va traiter le lui auraient appris. S'il a manqué à ce devoir, il a commis une faute. Or on ne saurait excuser une imprudence par une imprudence plus grande encore.

Ce que nous disons de la communauté s'applique, par une supériorité de raisons incontesteables, aux biens personnels de la femme dont le mari a l'administration. Pour ceux-ci, il ne s'aurait s'agir d'une aliénation ou d'une affectation par hypothèque, l'une ou l'autre ne pouvant valablement s'accomplir sans le concours ou le consentement de la femme, à moins que le contrat de mariage n'ait stipulé le contraire. Si la faculté de vendre ou engager sans le consentement de la femme avait été concédée au mari, son exercice serait de plein droit suspendu par la demande en séparation. Le tiers qui, malgré la publicité de cette demande, aurait traité avec le mari, serait donc régi, quant à la validité de l'acte, par les règles que nous venons de tracer.

Mais, comme les biens de la communauté, les biens personnels de la femme doivent être administrés pendant la litispendance, et cette administration ne laisse pas d'être dévolue au mari. Conséquemment, tout ce que les tiers feront avec lui dans les limites d'une administration intelligente et sage, sera de plein droit exécutoire pour la femme elle-même.

C'est surtout à l'endroit de ces biens que l'administration du mari, pendant procès, doit se réduire aux mesures que le présent rend indispensables, et ne jamais engager l'avenir. Ainsi qu'un bail, venant à expirer, soit continué par la tacite réconduction, c'est ce qu'exige l'intérêt de la femme; mais que le mari, malgré la litispendance, consente un bail pour un terme beaucoup plus long, pour neuf ans surtout, c'est ce que nous ne pourrions admettre. Nous consacrerions donc, en faveur de la femme, la faculté d'en faire prononcer la résiliation. Le tiers, ayant accepté un pareil bail, ne saurait exciper d'une bonne foi que la publicité de la demande en séparation ne permettrait pas d'accueillir. Il

suffirait donc qu'il se fût prêté au fait que le mari accomplissait sans nécessité réelle, et que ce fait causât un préjudice à la femme, pour qu'il fût considéré comme complice de la fraude, et privé du bénéfice qu'il s'en était promis.

Ainsi encore, et quelle que fût la durée du bail, le tiers qui, malgré la publication de la demande en séparation, aurait consenti des anticipations au mari, ne pourrait exciper contre la femme des paiements qu'il prétendrait avoir faits, alors même que celle-ci consentirait à exécuter le bail. Le mari, en exigeant un paiement non exigible, ne fait plus un acte d'administration, alors surtout qu'il est à la veille de perdre cette administration elle-même; il commet une véritable fraude contre les droits de la femme qui, vu son état d'insolvabilité, ne pourra se faire rembourser ce qui, depuis la demande en séparation, lui appartenait exclusivement.

D'autre part, le tiers, connaissant cette demande, ne pouvait ignorer l'effet que le jugement devait produire. En consentant une anticipation, il a contribué à rendre cet effet impossible et occasionné ainsi un préjudice à la femme; il est donc tenu de le réparer en faisant compte des loyers, à partir du jour de la demande, sauf son recours contre le mari.

En dernière analyse, l'administration du mari, ne cessant pas par la demande en séparation de biens, doit pouvoir s'exercer, ce qui ne serait pas si les tiers, ayant traité de bonne foi avec lui, dans les limites de cette administration, pouvaient être recherchés et voir leurs conventions annulées. Mais il est juste d'exiger qu'à partir de la demande le droit du mari se restreigne aux actes de gestion purs et simples, de nature à satisfaire aux besoins du moment présent, sans grever inutilement et abusivement l'avenir. Tout ce qui s'écarterait de ce caractère devrait être et serait suspect : à l'égard du mari, car on supposerait facilement que, profitant des derniers moments de son administration, il a voulu se créer des ressources illégitimes au détriment de sa femme; à l'égard des tiers, parce que la publicité de la demande les avertis suffisamment de la véritable position du mari; s'ils se prêtent cependant aux actes de dissipation que celui-là accomplit, c'est qu'ils y trouvent eux-mêmes un intérêt quelconque. Cette présomption, naissant de l'acte lui-même, est légalement admise, et comme elle exclut toute idée de bonne foi, sa conséquence doit être l'annulation de l'acte attaqué.

1518. — La dissolution du mariage par la mort d'un des époux offre pareillement de

nombreuses occasions de fraude contre les héritiers ou les créanciers du défunt, contre les créanciers du survivant.

1519. — La plus redoutable de ces fraudes est, sans contredit, les détournements opérés par l'époux survivant. Ces actes, ayant pour objet la spoliation de la succession, sont dans le cas d'occasionner aux créanciers et aux héritiers du défunt un grave préjudice. Ils sont, par rapport à leur auteur, essentiellement frauduleux, car ils entraînent non-seulement un dommage certain, mais encore, et de plein droit, l'intention de nuire.

1520. — La spoliation de la succession est possible; quel que soit le régime sous lequel ont vécu les époux, elle constitue, sous celui de la communauté, le recel prévu par l'article 1477.

Les soustractions, que la femme dotale ou non commue opérerait dans la succession de son mari, ne pourraient être punies des peines du recel. Mais comme, en définitive, elles ne sont pas moins dommageables que celui-ci, les héritiers ou les créanciers ont une action en répression pour obtenir soit la restitution des effets détournés, soit une indemnité pécuniaire, suffisante pour couvrir intégralement le préjudice qu'ils sont dans le cas d'en éprouver.

1521. — La femme commune en biens a le droit de renoncer à la communauté. L'article 1453 frappe de nullité toute convention dérogeant à cette faculté d'ordre public, ou par laquelle la femme s'en interdirait l'exercice. Par l'effet de cette renonciation, la femme est libérée de toutes les dettes grevant la communauté, elle a de plus le droit de reprendre les linges et hardes à son usage; les immeubles lui appartenant lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble acquis en remploi; le prix de ses immeubles aliénés, dont le remploi n'a pas été fait et accepté conformément à la loi; enfin toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté.

C'est là, il faut en convenir, un droit d'un immense avantage pour la femme. Elle y trouve le moyen de ne pas contribuer au paiement de sommes consommées par la communauté et dont elle a conséquemment profité en partie. La loi n'a pas cependant hésité à le consacrer, eu égard à la position de la femme, forcée de subir l'administration du mari. Celui-ci étant le maître absolu de la communauté, il fallait, dit de Malleville, donner à la femme la faculté de s'en délier pour qu'elle ne fût pas exposée à perdre son bien, par suite de conventions qu'elle n'a pas pu empêcher. De là, la faculté de renoncer et les effets qui s'y rattachent.

A ce droit, le législateur en a ajouté un autre non moins utile. Alors même que la femme accepterait, elle n'est, aux termes de l'article 1483, obligée aux dettes que jusqu'à concurrence de son émoulement, c'est-à-dire que sa part dans la communauté pourra bien être absorbée, mais qu'elle ne sera jamais obligée au delà et sur ses propres biens.

Ces dérogations au droit commun ont un caractère spécial qu'il ne faut pas oublier. Le législateur a entendu protéger la femme contre les abus que sa position, dans la communauté, faisait craindre. Il n'a pas voulu lui conférer un avantage, quoi qu'il arrivât. Le droit des créanciers, celui des héritiers, est aussi sacré que le sien, ou ne pouvait donc le modifier qu'à de certaines conditions.

1522. — La première et la plus essentielle est que la femme, qui renonce, ne puisse rien retenir des biens de la communauté. Cette condition serait violée si, avant la renonciation, elle s'était emparée d'une part quelconque de ces mêmes biens; si elle tentait de les soustraire à la connaissance des héritiers du mari ou des créanciers; en un mot, si elle recéléait ou détournait les effets appartenant à la communauté.

Dès lors, la femme ne saurait revendiquer un privilège dont sa propre fraude l'a rendue indigne; sa conduite a donc justement préoccupé le législateur qui en déduit les conséquences suivantes :

En premier lieu, la femme est déchue de la faculté de renoncer, le recélé par elle commis est considéré comme une acceptation formelle. L'acceptation en effet n'a pas toujours besoin d'être expresse. Les articles 1484 et 1485 la font résulter de l'immixtion de la femme dans les biens de la communauté, ou seulement de ce qu'elle a pris dans un acte la qualité de commune. Comment donc ne pas attacher au recélé les effets de l'une ou de l'autre ?

En deuxième lieu, elle perd le privilège de ne pas être tenue par son acceptation au delà de la portion qu'elle prend dans la communauté. La loi a mis à cet effet une condition essentielle, à savoir : que préalablement il ait été fait un bon et fidèle inventaire. On ne pourrait évidemment reconnaître ce caractère à celui qui ne ferait aucune mention des effets recelés ou détournés.

En troisième lieu enfin, elle est privée dans le partage de la communauté de la part qui lui serait revenue dans les valeurs recélées. Elle supporte ainsi le préjudice qu'elle a voulu occasionner à autrui; c'est là une juste, une équitable réparation.

1523. — Le recélé commis par le mari ou ses héritiers serait encourir à son auteur la peine portée par l'article 1477. Il est évident, en effet, que le recélé ne perd aucun de ses caractères, quel que soit celui qui l'exécute; dès lors, il doit produire contre tous des effets analogues.

1524. — La loi, qui a formellement édicté ces effets, entend-elle borner là les conséquences du recélé? S'oppose-t-elle à ce qu'on accorde en outre une allocation de dommages-intérêts? Ces questions nous paraissent devoir être négativement résolues. La réparation du préjudice causé par le recélé pourrait demeurer imparfaite, si elle se bornait à la restitution des objets pour lesquels il a été possible de fournir la preuve. Mais d'autres peuvent aussi avoir été soustraits, et des indices graves, quoique insuffisants pour déterminer une preuve, peuvent exister à la charge de celui contre qui une preuve partielle est déjà faite. Or qu'on ne puisse en cet état et sur ces indices prononcer une condamnation en restitution, on le comprend; mais comme il importe que le préjudice soit intégralement réparé, comme il ne serait pas juste de rendre les plaignants victimes des précautions prises pour les tromper, ou de l'ignorance dans laquelle ils peuvent être de la véritable consistance des biens de la communauté, on doit reconnaître aux juges la latitude de compenser, par une allocation pécuniaire, le dommage réellement démontré. Le recélé, se réalisant sous l'inviolabilité du domicile commun, peut avoir laissé des traces plus ou moins difficiles à saisir. Le soupçon contre celui qui est déjà convaincu, les considérations naissant de cette conviction elle-même le signaleraient assez énergiquement pour qu'on pût prononcer contre lui une condamnation en dommages-intérêts, à titre même de supplément de réparation.

Ainsi, et dans le cas où la restitution des objets, qu'on prouverait avoir été soustraits, ne ferait pas disparaître tout le préjudice, les juges peuvent, suivant les circonstances, ne pas s'arrêter aux peines édictées par les articles 1480 et 1477, et condamner en outre l'auteur du recélé à une indemnité que leur conscience arbitrerait.

1525. — La femme, devenue commune, pour avoir recélé, subit une peine véritable. La conséquence de cette règle est facile à déduire. La femme, qui aurait renoncé au préjudice de ses intérêts, ne pourrait exciper du recélé qu'elle aurait commis pour être exonérée de sa renonciation et se faire déclarer commune en biens.

1526. — Les héritiers du mari eux mêmes ne sont pas forcés à demander qu'elle devienne

telle; ils ont le droit, après l'avoir convaincue de recélé, de se borner purement et simplement à la contraindre à restitution, et la laisser ainsi sous le poids de sa renonciation.

1527. — Mais, quelle qu'ait été sur ce point la conduite des héritiers, elle ne pourrait influer sur le sort des tiers. Pour ces derniers, la femme est commune, par cela seul qu'elle a recélé. Elle est donc tenue aux dettes non-seulement à concurrence de son émolument, mais encore *ultra vires*. Les créanciers ne sauraient, en conséquence, être empêchés de poursuivre contre elle le remboursement intégral de leur créance.

1528. — Ce que la fraude de la femme ne peut faire est naturellement attaché à celle du mari ou de ses héritiers. Ainsi la femme ou ses héritiers, qui ont renoncé à la communauté, sont recevables à se faire relever des effets de leur renonciation, si le mari ou ses héritiers sont plus tard convaincus de détournement ou de recélé.

La faculté de renoncer est un secours donné par la loi à la femme ou à ses héritiers contre une administration qu'ils ont dû subir. Elle ne peut donc se tourner en sacrifice pour eux; il importe, dès lors, que son exercice soit réfléchi, que l'appréciation de son opportunité repose sur des éléments sincères et vrais. Voilà pourquoi la loi exige un hon et loyal inventaire; voilà pourquoi elle accorde à la femme, comme à ses héritiers, un délai de trois mois pour délibérer.

Si le renonçant se trompe sur ce qu'exigent sa convenance et ses intérêts, la loi le laisse sous le coup des engagements qu'il contracte. Mais il n'en saurait être ainsi si l'erreur a été inférée par la fraude du mari ou de ses héritiers, fraude dont le résultat devait amener la renonciation, en diminuant l'actif ou en grossissant le passif de la communauté.

Le premier but est atteint par le détournement ou par le recélé. Ignorant l'un et l'autre, le renonçant s'est trouvé placé en présence d'une communauté dont l'acceptation n'était pour lui d'aucun avantage possible. Il a donc renoncé, ce qu'il n'aurait certainement pas fait si la vérité, connue par lui, lui eût permis de juger sainement sa position.

La perpétuité d'une renonciation, opérée dans de telles circonstances, n'est été qu'une iniquité contre son auteur, qu'un encouragement à la fraude. En effet, plus la communauté se serait trouvée dans un état prospère, plus le mari ou ses héritiers auraient eu intérêt à amener une renonciation. Or, comme celle-ci devait être la conséquence d'une apparence contraire, rien

n'aurait été épargné pour la déterminer. En d'autres termes, plus il y aurait eu de ressources, et plus les détournements se seraient multipliés.

D'ailleurs, la fraude ne saurait, dans aucun cas, devenir le fondement utile d'une convention quelconque. L'erreur qu'elle inspire vicie le consentement, condition substantielle de tous les contrats. Sa découverte doit donc faire évanouir le titre qu'elle avait su inspirer.

1529. — Pothier met sur la même ligne le recélé et la fausse supposition de créanciers¹. Il n'y a, en effet, entre ces deux actes aucune différence dans les résultats, car l'un et l'autre se proposent le même objet, à savoir : tromper sur la position réelle de la communauté. Dans l'un comme dans l'autre, le mari cherche à s'avantager, car s'il profite réellement des objets soustraits, il ne profitera pas moins des paiements que les créanciers simulés ne recevront que pour les lui transmettre. Le consentement du renonçant, vicié par l'erreur sur le recélé, ne le sera pas moins par l'ignorance de la simulation. La nullité, conséquence de la première, devra donc nécessairement s'induire de la seconde.

Ainsi, et de quelque manière que la renonciation se soit produite, la découverte de la fraude du mari ou de ses héritiers en motive la rétractation. Son auteur recouvre donc le droit de partager la communauté et de se faire attribuer exclusivement tout ce qu'on a tenté de lui enlever.

1530. — L'article 1464 prévoit une fraude à laquelle la dissolution du mariage peut donner lieu non plus contre les créanciers de la communauté, mais contre les créanciers personnels de la femme; nous voulons parler de la renonciation frauduleuse qu'elle ferait à la communauté.

Cette renonciation pourrait être annulée à la demande des créanciers. Tout ce qu'exige le législateur à l'endroit de cette annulation, c'est que la femme ait agi en fraude de ses créanciers. Comment et à quelles conditions admettra-t-on ce caractère?

1531. — A notre avis, le fait est ici tout-puissant. Car justifié que soit l'état prospère de la communauté, la renonciation de la femme n'a plus qu'une signification possible, le désir et la volonté de frauder ses créanciers, de leur faire perdre les ressources qu'ils devaient rencontrer dans les facultés qui seraient obvenues à leur déitrice dans le partage de la communauté.

¹ De la Comm., n° 532.

En effet, le refus de s'enrichir quand on le peut légalement est un fait tellement anormal, tellement extraordinaire, qu'il suppose nécessairement une arrière-pensée, laquelle est parfaitement expliquée par l'existence de créanciers et par l'obligation de les désintéresser. C'est réellement aux créanciers que les nouvelles ressources devaient profiter, c'est donc à eux qu'on a voulu les enlever, et cette intention sera d'autant plus frauduleuse, que l'actif de leur débiteur sera plus insuffisant pour leur paiement intégral.

Il suffira donc de prouver cette insuffisance et, conséquemment, l'existence d'un préjudice, pour que la fraude soit acquise et pour que la renonciation doive être annulée. Ce résultat serait surtout acquis si, comparaison faite de l'actif et du passif de la communauté, aucun doute ne pouvait naître sur l'avantage que la femme avait à accepter.

Delvincourt, après avoir enseigné que la fraude est présumée toutes les fois que la femme a renoncé à une communauté évidemment avantageuse, ajoute : « Mais, pour peu que l'état de la communauté présentât quelque doute lors de la renonciation, je ne pense pas qu'elle puisse être annulée, quand même, par l'événement, elle ne se trouverait pas désavantageuse ¹. »

La seule conséquence possible de cette restriction vous paraît devoir être de multiplier les difficultés et de substituer une appréciation arbitraire à celle si simple naissant de la proposition contraire, à savoir : qu'il suffit que la renonciation occasionne un préjudice aux créanciers pour qu'ils puissent la faire annuler. Nous nous rallions donc à celle-ci avec d'autant plus de raison, qu'il ne sera pas difficile de faire naître un doute momentané sur les résultats d'une liquidation future, qu'on serait donc exposé à consacrer la fraude parce que, par une collusion entre les parties intéressées, on serait parvenu à en dissimuler l'existence à l'aide d'une autre fraude ².

Ainsi, les créanciers lésés par la renonciation à la communauté peuvent, par cela seul qu'ils éprouvent un préjudice, en poursuivre l'annulation comme faite en fraude de leurs droits; ils peuvent, de plus, dans tous les cas où la femme serait recevable à se faire relever de sa renonciation, exercer eux-mêmes cette action en vertu de l'article 1166, notamment dans le cas où la renonciation de la femme n'aurait été détermi-

née que par les détournements frauduleux du mari ou de ses héritiers.

1332. — Si la renonciation à la communauté émane de l'héritier de la femme, ses créanciers personnels auront, contre cette renonciation, tous les droits que nous venons de reconnaître aux créanciers de la femme renonçante.

1333. — Les créanciers de la femme ou de son héritier peuvent-ils attaquer l'acceptation de la communauté et en demander l'annulation comme faite en fraude de leurs droits? Il peut se faire, en effet, que l'acceptation soit préjudiciable aux créanciers, dans l'hypothèse suivante par exemple :

La femme a stipulé la reprise de son apport franc et quitte. Vouant décharger les héritiers de son mari de l'obligation d'en opérer la restitution, elle accepte la communauté, contrairement à tous ses intérêts.

Nous ne voyons pas ce qui pourrait empêcher les créanciers de se pourvoir contre une pareille acceptation. Évidemment, elle ne serait, envers les héritiers du mari, qu'une libéralité pure, qu'une fraude palpable à l'endroit des créanciers de la femme que la reprise de son apport devait mettre à même de les satisfaire. Or, une fraude ne saurait exister sans donner immédiatement ouverture à une action en faveur de celui à qui elle préjudicie. On doit donc décider notre question par l'affirmative.

Mais la restriction que nous repoussons tout à l'heure, nous l'admettons ici sans difficulté. La fraude existera si la communauté étant évidemment désavantageuse, la femme l'a cependant acceptée. Si, au contraire, lors de l'acceptation les ressources apparentes de cette communauté étaient telles que leur partage dût paraître plus favorable que la reprise de l'apport, l'acceptation doit être maintenue, à moins qu'il ne fût prouvé que l'inventaire a été sciemment et frauduleusement grossi. Il ne faudrait pas, en effet, sous prétexte d'une fraude qui n'existe pas, permettre à la femme de revenir, par une voie indirecte, contre une acceptation faite dans le désir de s'enrichir. L'existence certaine de celui-ci exclut toute intention de préjudicier aux droits des créanciers.

1334. — La révocation de la renonciation ou de l'acceptation ne peut être poursuivie par les créanciers que dans la mesure de leurs droits. Ses effets ne peuvent profiter qu'à eux, jamais à la femme ou à ses héritiers.

¹ T. II, note 3, p. 115.

² Dalloz, *Communauté*, n° 26; Toullier, t. XIII, n° 202;

Bellot, t. II, p. 341; Batiar, n° 670; Duranton, t. XIV, n° 462.

Ainsi, il appartient au mari ou à ses héritiers d'empêcher qu'il soit donné suite à la demande en désintéressant les créanciers. En supposant qu'ils ne le fassent pas, l'admission de la révocation n'aurait, pour résultat possible, que ce désintéressement. Tout ce qui resterait après paiement serait acquis non à la femme ou à ses héritiers, mais au mari ou à ses ayants cause. En d'autres termes, la renouciation n'est jamais annulée que dans l'intérêt exclusif des créanciers. Elle continue de valoir contre la partie qui l'a réalisée, les créanciers n'ayant ni intérêt, ni qualité à faire décider le contraire.

1535. — L'action des créanciers en révocation de la renouciation ou de l'acceptation n'a jamais suscité aucun doute, quant à sa durée. Elle se prescrit par dix ans. Mais quelques difficultés se sont élevées sur la question de savoir quel est le point de départ de ces dix ans.

Battur pense que c'est du jour de la renouciation que commence la prescription. Mais cette opinion, combattue d'ailleurs par Bellot, ne nous paraît pas devoir être suivie. Nul n'est tenu d'agir avant d'y être autorisé par son intérêt. Ce n'est d'ailleurs que lorsque cet intérêt se manifeste qu'il est recevable à le faire. Conséquemment on ne comprendrait pas que, sous prétexte de négligence, on pût perdre un droit, tant qu'on n'est pas en demeure de l'exercer.

Or, l'action révocatoire des créanciers n'est recevable, nous l'avons déjà dit, qu'à condition que les autres biens du débiteur se trouveront insuffisants pour le paiement de ce qui leur est dû, et cette insuffisance ne peut être démontrée que par la discussion préalable de ces biens. Ce n'est donc qu'après cette discussion et par la preuve de l'insolvabilité en résultant, que les créanciers verront s'ouvrir le droit qu'ils ont d'attaquer toute disposition faite pour leur préjudice; qu'ils seront conséquemment en mesure et en demeure d'agir. Il est donc rationnel et logique de placer à ce même moment le point de départ de la prescription. Décider le contraire, c'est admettre qu'on peut être puni comme négligent, alors que, le voulût-on, on ne saurait être négligent et méconnaître cette règle d'équité et de droit : *Contra non valent agere, non currit prescriptio*.

1536. — Le détournement commis avant la dissolution du mariage produit les mêmes effets que celui qui ne s'exécute qu'après. L'un et l'autre produisant des conséquences identiques doivent entraîner les mêmes résultats. Ainsi

l'époux qui consent une vente simulée d'effets mobiliers de la communauté, dans le but de se les approprier, se rend coupable du recel prévu par l'article 1477 et en encourt la peine ¹. Il en serait de même du recel d'une créance de la communauté. L'époux qui en serait convaincu devrait en rapporter le capital et les arrérages, sans pouvoir réclamer aucun droit ni sur l'un ni sur les autres, alors même qu'il prétendrait que ces derniers sont prescrits ².

1537. — Mais ce qui, dans tous les cas, constitue le détournement punissable, c'est le caractère occulte et clandestin de l'acte. Il n'y a donc pas recel dans le sens de la loi, toutes les fois que la rétention reprochée à l'époux ou à ses héritiers est patente et publique; qu'elle s'étaye sur une prétention plus ou moins fondée. Ainsi nous sommes loin d'approuver un arrêt rendu par la cour de Bordeaux, le 3 janvier 1826, déclarant que l'époux qui, après la dissolution de la communauté, a fait volontairement des déclarations, desquelles il est résulté qu'il présentait comme lui étant propres des biens qui devaient être compris dans la communauté, pouvait être déclaré coupable de recel.

Nous n'ignorons pas qu'en pareille matière les cours ont un pouvoir discrétionnaire et souverain. Mais nous ne saurions admettre qu'elles pussent étendre ce pouvoir jusqu'à reconnaître l'existence du détournement et du recel dans des faits ne constituant évidemment ni l'un ni l'autre.

Quel est, en effet, le préjudice pouvant résulter de la fausse déclaration du mari? Est-ce que les héritiers de la femme sont tenus de l'admettre? Est-ce qu'ils n'ont pas le droit d'exiger la justification du fait qu'il indique? Si cette justification n'est pas fournie, le mari est débouté de ses prétentions qu'il a pu émettre de bonne foi, et les biens restent dans la communauté, de laquelle ils n'ont jamais été distraits.

Le fait donc d'avoir fait à cet égard une fausse déclaration ne peut, dans aucun cas, constituer le recel. Mais si cette déclaration s'appuyait sur des titres fabriqués à son appui, si le mari invoquait des actes simulés, capables de tromper les héritiers de la femme, nous trouverions fort juste la décision qui le déclarerait coupable de recel. L'intention manifestement frauduleuse que ces actes décèlent, la confiance qu'ils peuvent inspirer exclut toute bonne foi, rend un préjudice imminent et mérite conséquemment toute la sévérité de la justice.

¹ Cass., 5 avril 1832.

² Cass., 10 décembre 1833.

Mais nous ne considérerions comme frauduleux que les actes émanant du mari exclusivement, et faits sans le concours de la femme. Ainsi la déclaration faite par les époux dans un acte auquel ils ont l'un et l'autre concouru, tendant à faire considérer comme propre à l'un d'eux un acquêt de la communauté, ne pourrait fonder une accusation de recel. Elle ne prouverait qu'une seule chose, à savoir : que les époux ont voulu indirectement s'avantager, mais elle ne pourrait constituer un préjudice quelconque, alors même qu'elle devrait être annulée comme illégale, puisque les héritiers pourraient toujours, et malgré la reconnaissance de leur auteur, exiger la preuve du caractère donné à l'immeuble.

1538. — Nous nous sommes déjà occupés des fraudes que les époux peuvent commettre pendant le mariage au préjudice l'un de l'autre¹. Nous ne les rappelons ici que pour constater que l'action en répression ouverte à celui qui en a été la victime passe à ses héritiers. Mais, dans cette hypothèse, ceux-ci, n'étant que les ayants cause de leur auteur, peuvent être écartés par les exceptions opposables à celui-ci.

Il peut se faire cependant que la fraude exécutée pendant le mariage soit plutôt tentée contre les tiers que contre le conjoint. C'est ce qui se réalise toutes les fois qu'il s'agit de la disposition des biens dotaux ou personnels à la femme.

Ainsi la vente des premiers, nous l'avons déjà dit, peut être annulée sur la demande du mari lui-même, de la femme, de ses héritiers. Le préjudice reste donc tout entier contre les acheteurs, car, alors même qu'ils seront dans le cas d'obtenir une garantie contre le mari, son insolvabilité pourra rendre cette garantie purement illusoire.

1539. — L'administration des biens personnels de la femme commune, celle des biens dotaux appartenant au mari, les biens qu'il en aurait consentis doivent recevoir leur exécution dans la mesure déterminée par la loi. L'intérêt des tiers est donc sur ce point parfaitement sauvegardé.

Mais il n'en est pas de même des biens paraphernaux, leur location peut devenir une occasion de fraude contre les preneurs. Par exemple, le mari la consentira sans déclarer la nature des biens. Puis, une occasion plus favorable s'offrant, la femme, s'étayant de son droit, demandera la nullité du bail sur la foi duquel le pre-

neur se sera livré à des dépenses d'appropriation plus ou moins considérables.

Cette demande en nullité devrait-elle être accueillie? Nous n'hésitons pas à soutenir la négative. Elle nous paraît résulter de l'économie de notre Code civil.

Qu'en principe la femme ait l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, c'est ce qu'il est impossible de contester en présence de l'article 1576 du Code civil. Qu'elle puisse vouloir exercer par elle-même l'une et l'autre, c'est ce qui est évident. L'a-t-elle voulu? C'est ce que la loi n'admet pas facilement.

Aussi voyons-nous le législateur tracer, immédiatement après l'article 1576, les règles applicables à l'administration qui aurait été laissée au mari, et les conséquences de cette administration par rapport à la femme. Celle-ci n'acquiesce les revenus que si elle a expressément stipulé, dans la procuration formelle qu'elle a donnée, que le mari serait tenu de rendre compte; ou bien que si le mari a administré et joui au mépris de l'opposition formelle de la femme.

Ainsi, aux yeux de la loi, il s'agit bien moins pour la femme d'une administration matérielle, que du droit aux revenus. C'est d'ailleurs au mari qu'elle devra en demander compte exclusivement. Les tiers auxquels l'opposition n'aurait pas été légalement dénoncée se libéreraient valablement entre les mains du mari.

A défaut de mandat formel, la loi suppose et admet le mandat tacite. Le mari, dans ce cas, a non-seulement l'administration, mais encore la jouissance effective, car il ne devra compte que des fruits existant au moment de la dissolution ou au jour de l'opposition par laquelle la femme a toujours la faculté de révoquer le mandat tacite.

Ainsi, en droit, l'administration et la jouissance des biens paraphernaux appartiennent à la femme. En fait, la loi présume qu'elles ont été confiées au mari, et cette présomption ne cède qu'à la preuve certaine d'une volonté contraire, résultant d'un mandat ou d'une opposition formelle extrajudiciairement signifiée.

C'était d'ailleurs ce que la raison indiquait. La position respective des époux rend toute naturelle la confiance de la femme envers son mari. Elle a pu livrer ses biens à celui à qui elle livre sa personne, et cela avec d'autant plus de raison qu'elle est toujours en mesure d'empêcher l'abus, par la faculté absolue qu'elle a de rétracter le mandat.

D'autre part, les tiers devaient être protégés

¹ *Id.* *supra*, nos 805 et suiv.

contre une collusion beaucoup trop facile, sans qu'on pût leur reprocher de n'avoir pas assez veillé à leurs intérêts. Que celui qui achète soit tenu de s'éclairer sur l'origine et la certitude du droit dont il obtient le transfert, on le comprend. Mais en matière de baux, c'est la possession qui devient l'objet du contrat. Ne suffit-il pas, dès lors, que cette possession appartienne et soit incontestablement reconnue au bailleur, pour que le preneur puisse de bonne foi l'accepter ?

C'est ce qu'avait compris le droit romain. La loi 21 du Code, *de procurat.*, admet que le mari est le mandataire de sa femme relativement à ses paraphernaux, et Pérézius, dans son *Commentaire*, nous en fait connaître le motif, en assimilant, quant à l'administration, les biens paraphernaux aux biens dotaux, et en reconnaissant au mari le domaine civil des uns comme des autres : *Est tamen opus, hoc casu quo maritus pro uxore sine mandato experitur, ut caveat de rato, seu rem ratam uxorem habituram, aut si uxore conveniatur, ut caveat judicatum solei, nisi forte nomine dotis aut paraphernorum experitur. Hoc enim casu maritus sine salutatione admittitur, cum horum bonorum commissio et sit administratio, et sit dominus civiliter* ¹.

Rien donc ne distinguait l'administration des biens paraphernaux des biens dotaux. L'absence de tout mandat de la part de la femme les rangeait toutes deux sur la même ligne et permettait au mari de les exercer du même titre. C'est aussi ce qui paraît avoir été admis par notre ancien droit. Dans une discussion sur la question de savoir si, à défaut de contrat de mariage, les biens de la femme étaient dotaux ou paraphernaux, on invoquait, à l'appui de la dotalité, l'administration du mari. « Le mari, répondait Furgole, est constitué le procureur ou administrateur des biens légitimes de la femme, lorsqu'il n'y a point de fautive expresse de sa part ². » Furgole avait raison. Mais pour que les partisans de l'opinion qu'il combattait pussent appeler à leur secours l'administration du mari, il fallait bien que cette administration fût conforme à celle des biens dotaux. Comment, en effet, conclure à la dotalité, s'il avait existé entre elles la moindre différence ?

Nous soutenons que le Code civil s'est conformé à ces principes. Il consacre le mandat

tacite dans l'article 1578, et il le présume facilement. Il est évident que la position des époux n'ayant pas changé, les conséquences que cette qualité entraîne doivent aujourd'hui se produire. Or, l'une de ces conséquences est de faire admettre que la femme abandonne le gouvernement de ses paraphernaux à son mari, auquel elle confie sa personne ³. C'est ce qui fait dire à Troplong ⁴ que le mari est le procureur-né de sa femme.

Maintenant, à quel titre le mari jouit-il des biens paraphernaux dont il a l'administration en vertu du mandat tacite de sa femme ? L'article 1578 l'indique suffisamment en déclarant qu'il fait les fruits siens. Il n'y a donc, quant à ce, d'autre différence avec la jouissance des biens dotaux, qu'en ce que celle-ci appartient au mari irrévocablement, tant que dure le mariage, tandis que la femme peut à volonté faire cesser celle-là, en signifiant son opposition. Mais tant que cette opposition n'est pas réalisée, le principe que nous soutenons est d'une irréprochable exactitude.

La loi s'en explique mieux encore dans l'article 1580. Le mari qui jouit des biens paraphernaux est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier. C'est là la règle que l'article 1562 trace expressément pour les biens dotaux. Or, si pour les uns et les autres les obligations sont les mêmes, les droits le seront également. Il est donc vrai de dire que le législateur a mis sur la même ligne les biens dotaux et les biens paraphernaux, quant à la jouissance. Usufruitier des uns, le mari est usufruitier des autres ⁵. Il peut donc faire pour ceux-ci ce qu'il a le droit de faire pour ceux-là.

Rodière et Pons ont méconnu ces principes, lorsqu'ils ont prétendu que le mari ne pouvait pas affermer les biens paraphernaux de la femme sans le concours de celle-ci. Le contraire résulte de ce que nous venons d'exposer, et en outre de la considération d'équité que nous avons aussi indiquée.

Le droit des tiers n'est pas moins respectable, pas moins digne de protection que ceux de la femme elle-même. On ne saurait donc l'abandonner au caprice de la femme, à la collusion si facile entre elle et son mari. Les droits de la femme sont dans tous les cas sauvegardés, puisqu'elle peut toucher réellement ses revenus, tandis que la nullité du bail causerait, le plus

¹ *In Cod.*, liv. II, tit. XIII, n° 16.

² *Quæst.* 25, n° 20.

³ Toullier, t. XIV, n° 361, p. 432.

⁴ *Du Contrat de mariage*, art. 1578, n° 3710.

⁵ Benoît, *des Biens paraphernaux*, n° 176, p. 509.

souvent, un notable préjudice au preneur. Il n'y a donc pas à hésiter, aucune faute d'ailleurs ne pouvant être imputée à celui-ci.

La femme est donc tenue d'exécuter les baux que le mari seul a consentis des biens paraphernaux, à moins que ces baux soient frauduleux et faits au préjudice de ses droits. Mais, dans ce cas même, la femme devra prouver la mauvaise foi du preneur. On la présumerait facilement si le bail avait été consenti à un prix sans rapport réel, ou dans des proportions inconciliables avec la juste valeur des choses. Il en serait de même pour les baux faits par le mari malgré l'opposition de la femme.

§ II.

Successions.

SOMMAIRE.

1540. — Intérêts que l'ouverture d'une succession met en présence.

1541. — Objet que se proposera la fraude.

1542. — Précautions prises par lui en faveur des cohéritiers et des tiers.

1543. — Quel est le recel prévu et puni par l'article 792?

1544. — Effet du recel vis-à-vis des créanciers de la succession.

1545. — 1° Vis-à-vis des cohéritiers.

1546. — Le recel, en matière de succession, n'existe qu'avec les caractères exigés pour le recel dans la communauté.

1547. — Droit des cohéritiers et des créanciers de requérir l'opposition des scellés, ou de s'opposer à leur levée.

1548. — Le droit du former opposition à la levée peut-il être exercé par le créancier personnel des cohéritiers?

1549. — Comment s'exerce le droit de tous créanciers d'assister à l'inventaire?

1550. — Droit des créanciers personnels des successeurs d'intervenir au partage.

1551. — L'intention de l'exercer résulte de l'opposition à la levée des scellés. — Conséquences.

1552. — A défaut d'opposition et d'intervention, les créanciers peuvent-ils attaquer le partage consommé?

1553. — Ce qu'il faut dans tous les cas considérer comme un véritable partage.

1554. — Formes que doit avoir l'opposition à partage.

1555. — Les créanciers qui n'ont pas fait opposition ne sont pas déchus du droit d'intervenir.

1556. — Le partage fait au mépris d'une opposition et hors la présence de l'opposant n'est annulable que si le créancier n'y a pas été appelé.

1557. — Le créancier opposant a-t-il le droit d'attaquer une vente par licitation à laquelle il n'a été ni présent ni appelé?

1558. — Droits du créancier d'un usufruit d'une portion de biens indivise entre le cohéritier et un tiers.

1559. — Le droit de s'opposer et d'intervenir appartient aux créanciers chirographaires comme aux hypothécaires.

1560. — Peut-il être exercé par les créanciers de la succession?

1561. — Faculté pour les créanciers du cohéritier d'at-

taquer la répudiation faite au préjudice de leurs droits et de se faire autoriser à accepter du chef de leur débiteur.

1562. — Conséquences des termes dont se sort l'article 788, au préjudice de leurs droits.

1563. — Opinion de Chardon sur la nécessité d'une discussion préalable. — Réfutation.

1564. — La faculté donnée par l'article 788 est au profit exclusif des créanciers personnels aux cohéritiers.

1565. — Exemple d'une répudiation frauduleuse contre les créanciers de la succession.

1566. — La faculté conférée par l'article 788 ne concerne que les créanciers antérieurs à la répudiation.

1567. — Exceptions que cette règle comporte.

1568. — L'acceptation par le créancier ne relève pas le cohéritier des effets de sa répudiation.

1569. — Première conséquence. — L'offre faite par le successeur appelé par la répudiation du démentir le créancier rendrait l'acceptation par celui-ci sans objet.

1570. — 2° Quel que soit l'effet de la liquidation, tout ce qui excède la créance et les frais appartient à ceux par lesquels la succession aurait été appréhendée.

1571. — Droits des créanciers contre les successeurs irréguliers, et notamment contre l'enfant naturel.

1572. — Faudrait-il que puisse surgir l'ouverture d'une succession testamentaire.

1573 bis. — Droits des successeurs de faire annuler le testament, soit en la forme, soit au fond.

1573. — Les nullités de formes ne procèdent pas ordinairement d'une pensée de fraude.

1574. — Position particulière du notaire dans le cas de nullité pour violation de l'article 973 du Code civil.

1575. — Fondement de sa disposition.

1576. — Conséquences dans le cas où le testateur a déclaré ne savoir signer, ou ne le pouvoir.

1577. — Différence entre ces déclarations pour la responsabilité du notaire.

1578. — Quels sont les devoirs et les droits de l'officier public si le testateur se borne à alléguer son impuissance, sans en indiquer la cause?

1579. — Doctrine et jurisprudence.

1580. — Le testament renfermant une substitution fidéicommissaire ne saurait sortir à effet.

1581. — Notice historique de la législation touchant les substitutions.

1582. — Disposition de l'article 896 du Code civil. — Caractères essentiels de la substitution prohibée.

1583. — Fondement de la dérogation consacrée par les articles 1048 et 1049. — Son étendue.

1584. — Loi de 1825. — Sa tendance.

1585. — La révolution de 1830 coupe court à tout projet ultérieur dans ce sens. — Lois des 12 mai 1835, 7 et 27 janvier 1840, 7 et 11 mai suivants.

1586. — Les héritiers naturels ont intérêt et sont dès lors recevables à poursuivre la constatation d'une substitution prohibée.

1587. — Conditions indispensables à la substitution fidéicommissaire.

1588. — Distinction entre l'obligation résultant de la substitution et certaines dispositions modales. — Exemple de celles-ci.

1589. — Il n'y a substitution prohibée que lorsque la restitution doit se réaliser à la mort du grevé.

1590. — Différence entre les substitutions et les dispositions prises en conformité de l'article 1121 du Code civil.

1591. — Que doit-on décider si l'époque de la restitution n'a pas été déterminée?

1592. — Dans le doute, on doit se prononcer pour la validité de l'acte. — Exemples divers.
1593. — La disposition de *eo quod supererit* ne constitue pas la substitution prohibée.
1594. — Le contraire était admis au droit romain. — *Pomponius?*
1595. — Doit-elle sortir à effet pour les biens non aliénés?
1596. — La négative, soutenue par de Villargues, ne peut être accueillie. — Par quels motifs?
1597. — Réponse de Martin à l'objection que la disposition serait sous une condition potestative.
1598. — Opinion de Thueyot d'Essalles.
1599. — Conclusion.
1600. — Il en serait du même de la disposition *si quis supererit*.
1601. — Caractère de l'institution fiduciaire. — Ses effets.
1602. — La fiducie n'exclut pas la disposition au faveur du grevé d'une partie de la succession, soit en fruits, soit en fonds.
1603. — Le prédict de l'appelé fait passer de plein droit, sur la tête de ses héritiers, l'émolument de la fiducie. — C'est surtout cet effet qui donnait de l'importance à la question de savoir s'il y avait fiducie ou substitution, lorsque celles-ci étaient permises.
1604. — Quelles étaient, selon Cacerius, les circonstances qui devaient faire admettre la fiducie.
1605. — Cette opinion était fort contestable.
1606. — La règle tracée par Moutaleux était bien plus rationnelle.
1607. — Que doit-il en être sous l'empire du Code?
1608. — Espèce dans laquelle le caractère fiduciaire, invoqué par les propres efforts du testateur, n'a pas été admis.
1609. — Importance, en cette matière, du défaut de détermination de l'époque de la restitution, et de l'existence de la faculté d'élire.
1610. — Au reste, comme toutes les questions de fait, celle de l'existence d'une fiducie ne peut reconnaître aucune règle absolue.
1611. — La simple fiducie ne peut être recueillie par l'incapable.
1612. — Le désir d'échapper à cette prohibition amènera le testateur à interposer une personne capable.
1613. — Double forme que peut revêtir le fidéicommiss tacite.
1614. — Ses effets sous l'ancienne législation.
1615. — Sont restés tels sous l'empire du Code. — Intérêt des héritiers à en prouver l'existence.
1616. — Preuve admissible.
1617. — Faut-il, pour que la preuve soit pertinente, qu'elle justifie non-seulement la volonté du testateur, mais encore que l'institution apparait à pris l'engagement de rendre à l'incapable.
1618. — Contrevenir au droit romain et sous notre ancien droit.
1619. — L'affirmative était enseignée par Cujas.
1620. — Raisons invoquées par l'opinion contraire.
1621. — C'est pour celle-ci que se prononce Forgue.
- Sur quels motifs.
1622. — Cette dernière opinion doit être suivie.
1623. — La preuve d'une substitution fidéicommissaire ne peut s'établir que par écrit. — Raison de cette différence.
1624. — Le fidéicommiss tacite est valable si la véritable appelé est capable de recevoir.
1625. — Dans le cas de fraude de l'intermédiaire aussi

par le testateur, l'appelé est-il recevable à prouver par témoins et sa qualité et l'existence du fidéicommiss tacite?

1626. — Espèce remarquable jugée par la cour de Pau.
1627. — Le *Journal du Palais* indique comme contraire un arrêt de la cour de cassation du 21 décembre 1818. — Erreur de cette indication.
1628. — L'action des héritiers en nullité d'une substitution prohibée ou d'un fidéicommiss en faveur d'un incapable peut être exercée par leurs créanciers.
1629. — Cette action est une véritable pétition d'hérédité. — Ses conséquences, quant à la restitution des fruits et à la prescription.
1630. — Effets de la renonciation à un usufruit à l'égard des créanciers du renonçant.
1631. — Différence entre cette renonciation et celle à une succession ou à un legs.
1632. — Ses conséquences par rapport à l'acquéreur de cet usufruit.
1633. — Par rapport à l'anticrétiste.
1634. — Par rapport aux créanciers postérieurs à l'ouverture de l'usufruit, mais antérieurs à la renonciation.
1635. — Différence entre la renonciation à titre gratuit et celle à titre onéreux. — Conséquences.
1636. — Résumé des principes régissant cette renonciation.
1637. — La renonciation par le père à l'usufruit des biens de ses enfants donne-t-elle lieu à l'action révocatoire?
1638. — Quid de celle résultant de l'émancipation?
1639. — Invalidité du rapport que le père ferait à ses enfants des fruits perçus en l'absence d'une émancipation, ou avant son accomplissement.
1640. — La renonciation en faveur d'un successible ou constitué pas un avantage soumis à rapport.
1641. — Renvoi pour les autres fraudes qu'on usufruit peut engendrer.

1540. — L'ouverture d'une succession produit, quant aux biens du défunt, un effet identique à celui résultant pour la communauté de la dissolution du mariage; elle met en présence les cohéritiers, les créanciers de l'hérédité, ceux de chaque héritier personnellement.

Chaque cohéritier est intéressé à recevoir une part proportionnée à l'intégralité de ses droits. L'intérêt des créanciers du défunt exige que la totalité de l'actif soit appliquée au paiement de ce qui leur est dû. Enfin celui des créanciers personnels des cohéritiers est surtout de veiller à la sincérité du partage, et à ce que leur débiteur reçoive sa part entière des biens composant la succession.

1541. — Ce triple aperçu résume le but que la fraude se proposera dans la liquidation d'une succession. En effet, ce qu'on pourra reprocher aux cohéritiers, c'est d'avoir voulu s'avantager les uns au détriment des autres, de tenter de se soustraire au paiement des dettes, en dissimulant les ressources, enfin, de concerter les opérations du partage de telle manière que les

droits des créanciers personnels de quelques-uns d'entre eux soient ou paraissent complètement anéantis. C'est pour remédier à ces éventualités diverses que le législateur a introduit dans notre Code les articles 788, 792, 882.

1542. — L'article 792 protège les cohéritiers et les créanciers de la succession. Aux termes de sa disposition, les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession sont déchus de la faculté d'y renoncer et demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recelés. Ainsi les coupables ont voulu se soustraire au paiement des dettes, et la loi les met à leur charge en totalité; ils ont cherché à s'avantager au détriment de leurs cohéritiers, et ce sont ceux-ci qui seuls profiteront des effets de leur coupable action. On le voit, la peine est établie sur les proportions de la plus exacte réciprocité.

1543. — Le divortissement ou le recélé dont s'occupe l'article 792 est celui commis par un héritier. Il faut dès lors en conclure que les effets en résultant ne se produisent qu'en tant que l'un ou l'autre s'est réalisé avant toute renonciation, c'est-à-dire dans un moment où l'héritier a se porter héritier n'a encore manifesté aucune intention contraire.

Celui qui a régulièrement renoncé à une succession ouverte est censé n'avoir jamais été héritier; il ne l'est bien certainement pas dès l'instant de la répudiation. S'il détourne ou recèle à une époque postérieure, on ne pourrait plus appliquer l'article 792, car l'auteur de l'enlèvement n'est pas héritier.

Réaliser à cette époque le détournement et le recélé ne constitue plus que l'enlèvement frauduleux de la chose d'autrui et, conséquemment, qu'un véritable vol ordinaire. Ils deviennent donc non-seulement passibles d'une action civile en restitution et en réparation du préjudice, soit de la part des héritiers, soit de la part des créanciers, mais encore susceptibles d'être criminellement poursuivis et punis comme délits ou crimes, suivant les circonstances qui les ont vu s'accomplir. Ce qui protège, contre un pareil résultat, les détournements imputables à l'héritier, c'est la copropriété qu'il a des objets enlevés, c'est que, par les chances du partage, ils peuvent devenir sa propriété exclusive. Dès que la renonciation est acquise, toute copropriété s'efface, toute chance de devenir possesseur légitime est impossible. Rien ne saurait donc plus excuser le détournement et le recélé dont il se serait depuis rendu coupable. Il s'emparerait évidemment et

sciemment de la chose d'autrui. Il n'est donc plus qu'un voleur¹.

Cependant, comme, aux termes de l'article 790, tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre l'héritier renonçant, celui-ci a la faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a pas été déjà acceptée par d'autres, l'auteur du détournement ou du recélé, criminellement poursuivi, pourrait faire tomber l'action en acquérant, par son acceptation, la propriété des choses qu'on l'accuse d'avoir soustraites. Mais cette acceptation ne pourrait être que pure et simple, car le recéleur ne pourrait, dans aucun cas, invoquer le bénéfice d'inventaire dont il est déchu, si le recélé est commis antérieurement à l'acceptation qu'il aurait déclaré vouloir en faire.

Mais rien ne saurait s'opposer aux conséquences légales de la poursuite criminelle si, depuis la renonciation de l'héritier qui en est l'objet, la succession avait été appréhendée soit purement et simplement, soit bénéficiairement par un autre successible.

Si le détournement ou le recélé a précédé la renonciation, l'article 792 devient seul applicable. C'est donc par sa disposition que se trouve exclusivement régi l'auteur de l'un ou de l'autre.

1544. — En conséquence, et par rapport aux tiers créanciers de la succession, il ne peut plus exister de renonciation valable. Celui qui s'empare d'une partie de l'hérédité, qui se l'approprie et en dispose, fait acte d'héritier pur et simple. Il doit donc demeurer tel à tout jamais : *Qui semel heres, semper heres*. Les créanciers peuvent donc, nonobstant toute renonciation postérieure, lui demander le paiement intégral de ce qui leur est dû, et en poursuivre le recouvrement même sur ses biens personnels².

1545. — Mais il n'en est pas de même pour les cohéritiers. Ce que la loi leur attribue principalement, c'est la propriété exclusive, au détriment de l'auteur du recélé, de tout ce qui en a fait la matière. En conséquence, et pour ce qui les concerne, c'est la restitution des objets soustraits qui est le but le plus important. Aussi peuvent-ils se borner à poursuivre et à obtenir cette restitution, sans s'occuper de la renonciation qui a suivi le détournement au maintien de laquelle ils peuvent avoir intérêt.

Sans doute cet intérêt ne se réalisera pas dans une succession obérée, dans laquelle l'actif sera insuffisant ou presque insuffisant pour éteindre

¹ Merlin, v° *Recélé*, n° 2; Chabot, sur l'art. 792, n° 3 et 4; Toullier, t. IV, n° 330; Duranton, t. VI, n° 482; Favard, v° *Renonciation*, n° 18.

² *Id.* *infra*, n° 1555.

le passif. Mais, dans cette hypothèse même, si quelqu'un a intérêt à faire déclarer l'auteur des détournements héritier pur et simple, ce sont les créanciers bien plutôt que les cohéritiers.

Ceux-ci auraient même un intérêt contraire si, toute dette payée, la succession offrait un solde de ressources à diviser entre les cohéritiers. Il est évident dans ce cas que la part de chacun sera plus forte, si le nombre des copartageants est moindre. Chacun d'eux a dès lors un intérêt manifeste à réduire ce nombre, et à laisser en dehors de la succession celui d'entre eux qui s'en est volontairement exclu par sa renonciation.

Il est vrai que celui-ci ne participerait, dans aucun cas, au partage de tout ce qu'il avait détourné; mais, s'il redevient héritier, il prendra sa part des autres ressources héréditaires. Il y aurait donc, dans cette hypothèse, avantage pour lui de revenir sur sa renonciation, à reprendre cette qualité d'héritier qu'il n'avait répudiée peut-être que pour mieux assurer la réussite de ses frauduleux desseins, que pour empêcher la recherche et la découverte des détournements dont il a été convaincu.

Or, cet avantage, il doit dépendre exclusivement de ses cohéritiers de le lui conférer ou non. Nous ne pouvons admettre que ceux-ci se bornent à lui demander la restitution des objets soustraits, il fut recevable à réclamer de son chef, et contre leur résistance, la qualité d'héritier. Un pareil droit serait inconciliable avec le véritable caractère de l'article 792. La qualité d'héritier n'est conférée par cet article qu'à titre de pénalité. Dès lors son application doit être souverainement abandonnée à l'appréciation de ceux appelés à en profiter.

Conséquemment, si les cohéritiers victimes du détournement se bornent à demander, contre son auteur, la restitution des choses sur lesquelles il a été exercé, s'ils ne poursuivent pas l'annulation de la renonciation, celle-ci reste valable en ce qui les concerne, et continue de produire tous ses effets. L'héritier convaincu ne pourrait s'en faire relever qu'en se fondant sur sa propre fraude, et on le sait : *Nemo auditur allegans propriam turpitudinem*.

Ainsi, l'auteur du détournement peut être héritier pur et simple vis-à-vis des créanciers, étranger à la succession à l'endroit de ses cohéritiers. Cette double position, quelque anormale qu'elle paraisse, est la juste conséquence de ce principe, à savoir : que chaque partie lésée a seule qualité pour poursuivre, dans la limite de son intérêt, la réparation qu'elle croit lui convenir. Or, le détournement frauduleux

préjudicie aux créanciers, aux héritiers. Chacun d'eux a dès lors qualité pour en poursuivre la répression. L'action des uns est indépendante de l'action des autres. La même indépendance doit se retrouver dans ses conséquences, qui ne peuvent et ne doivent être appréciées qu'au point de vue de l'avantage personnel de celui qui l'intente. Or, les créanciers peuvent avoir intérêt à ce que le recéleur soit déclaré héritier pur et simple. Ils ont le droit de le faire reconnaître comme tel en ce qui les concerne. Les héritiers peuvent avoir un intérêt contraire, et rien ne les empêche dès lors de respecter la renonciation et de la faire maintenir.

Mais ils seront tenus de subir toutes les conséquences de son maintien. Ainsi, l'héritier exclu qui aurait payé les dettes de la succession, parce que les créanciers l'auraient fait déclarer héritier pur et simple, aurait son recours contre les biens de la succession. Ce recours, qui ne serait que relatif à la part et portion de chaque cohéritier et prélèvement fait de ce qu'il aurait eu lui-même à payer s'il n'avait pas renoncé, pourra être exercé pour la totalité des sommes payées, puisque, la renonciation devant sortir à effet, il est affranchi de toute participation aux charges.

1546. — Il en est du recélé en matière de succession comme de celui réalisé dans la liquidation d'une communauté. Ce qui le constitue essentiellement, ce n'est pas tant la détention matérielle de l'objet que son caractère, que l'intention à laquelle elle se rattache. Chacun peut se tromper sur la nature de son droit et croire avoir raison lorsqu'il a réellement tort. Ainsi, si la possession querellée a toujours été ostensible, patente; si elle est fondée sur une prétention plus ou moins plausible, il n'y a ni détournement, ni recélé, alors même que le possesseur aurait été condamné à recombler. La loi ne punit les mauvaises chicanes que par la condamnation aux dépens auxquels elles donnent lieu. L'article 792 leur demeure dans tous les cas inapplicable.

1547. — Au reste, en matière successorale, la loi ne s'est point bornée à réprimer la fraude. Elle permet en outre de la prévenir, par la faculté de placer tout l'actif sous la main de la justice. C'est dans ce sens qu'elle donne aux héritiers le droit de requérir l'apposition des scellés avant même l'inhumation de leur auteur décédé.

L'intérêt des créanciers du défunt à empêcher toute dilapidation du gage de leurs créances n'est pas moindre que celui des cohéritiers. L'article 820 a donc consacré pour eux le droit

de requérir l'apposition des scellés que les héritiers auraient négligé de faire apposer.

Si cette négligence n'a pas été commise, les créanciers qui désireront surveiller l'inventaire peuvent, aux termes de l'article 821, s'opposer à la levée des scellés.

L'apposition des scellés est un fait grave par les conséquences dont il peut grever la succession. Mais lorsqu'elle a été effectuée, l'opposition à leur levée, n'ayant pour résultat que d'appeler l'opposant à l'inventaire, n'avait qu'une importance bien moindre. Aussi la loi, qui exige pour l'apposition un titre authentique ou une permission du juge, permet-elle l'opposition à tous ceux qui se prétendent créanciers, quel que soit d'ailleurs leur titre, et sans permission préalable.

1548. — Enfin, l'inventaire peut également intéresser les créanciers personnels des héritiers. Devaient-ils également avoir la faculté de former opposition à la levée des scellés? On avait d'abord prétendu le leur contester, sur le motif que les articles 820 et 821 ne s'appliquaient qu'aux créanciers de la succession. Mais la jurisprudence paraît se ranger à l'opinion contraire, et, il faut le dire, ce n'est pas sans raison.

En droit, le législateur a prévu la réalisation de l'opposition par les créanciers personnels des héritiers. L'article 934 du Code de procédure civile le prouve de la manière la plus évidente, en indiquant la position que ces créanciers doivent occuper dans l'inventaire.

En raison, leur admission à l'exercice de ce droit est commandée par la nécessité légitime d'éviter une involution de procédures et, conséquemment, l'exposition de frais inutiles. En effet, le créancier de l'héritier trouverait, dans les articles 1160 et 1167, le droit qu'on lui refuserait directement. Mais pour se faire subroger à son débiteur ou pour établir que sa conduite est une fraude à ses propres droits, il faudrait une dépense de temps et d'argent qu'il est prudent d'épargner au créancier et au débiteur.

Ainsi, les créanciers personnels de l'héritier peuvent, comme ceux de la succession, soit requérir l'apposition des scellés, soit s'opposer à leur levée. Les effets de l'une et de l'autre sont de les rendre parties nécessaires à l'inventaire. Toutefois l'importance d'un acte qui va scruter toutes les affaires d'une famille, en dévoiler tous les secrets, devait modifier, dans l'exécution, le droit acquis par les uns et par les autres. C'est ce que règlent les articles 932 et suivants du Code de procédure.

1549. — Les créanciers de la succession ne peuvent assister, soit en personne, soit par un mandataire, qu'à la première vacation. Quel que soit leur nombre, ils ne peuvent être représentés aux vacations suivantes que par un seul mandataire, désigné par le juge de paix, dans le cas où ils n'auront pu arrêter eux-mêmes le choix.

Les créanciers des successeurs qui se sont opposés, pour la conservation des droits de leur débiteur, n'ont pas même le droit d'assister à la première vacation, ni celui de concourir à la nomination du mandataire qui devra les représenter; le choix en appartient exclusivement au juge de paix. Ainsi se concilient l'intérêt qu'ont les créanciers à l'exactitude et à la fidélité de l'inventaire, et celui que peut avoir la famille à ce que le secret de sa position ne soit que le moins possible divulgué.

1550. — Aux termes de l'article 882, les créanciers personnels ont le droit d'intervenir au partage pour en surveiller la sincérité en ce qui concerne leur débiteur. Ils peuvent, avant d'être mis à même de réaliser cette intervention, contraindre les copartageants à les y appeler en leur notifiant une opposition à ce qu'il y soit procédé hors leur présence et sans leur concours.

L'intérêt des créanciers d'assister au partage ne saurait être douteux. Ainsi, celui à qui le successeur a hypothéqué un immeuble de la succession verra son hypothèque maintenue ou anéantie, selon que cet immeuble sera ou non attribué à son débiteur. Or, indépendamment des chances naturelles du tirage au sort, il peut se faire que, dans le dessein d'échapper à sa dette, le successeur collude avec ses cohéritiers et que, par un prétendu tirage d'avance concerté, le lot qui lui obviendra ne comprenne que du mobilier. La présence du créancier tendait à prévenir cette fraude, pouvant déterminer la formation des lots de telle manière que chacun d'eux comprenne des biens de toute nature, avait pour lui une telle importance, qu'il n'était pas possible de la méconnaître. De là la faculté concédée par l'article 882.

1551. — Ainsi, le créancier personnel du co-héritier peut intervenir au partage. Il peut, dès l'ouverture de la succession, s'opposer à ce qu'il y soit procédé sans lui. Cette opposition l'y rend partie nécessaire à tel point que le partage opéré hors sa présence et au mépris de l'opposition régulièrement formée devrait être annulé sur la demande qu'il en ferait.

Méconnaître l'opposition, c'est faire présumer la fraude, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire. Quel autre motif que celui de

frauder le créancier opposant pourrait-on alléguer à l'appui du partage, auquel, malgré son opposition, on n'a pas voulu l'appeler? Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'opposition ait été signifiée à tous les copartageants sans exception. Si un seul d'entre eux n'avait pas reçu cette notification, le partage devrait être validé. On n'aurait, en effet, aucun reproche à lui faire, car il n'a pu avoir égard à une opposition qu'il ne connaissait pas. Il a donc agi de bonne foi, et cette bonne foi profite à ses cohéritiers. Un partage est indivisible; il ne peut être valable pour l'un, nul pour les autres. Conséquemment, s'il doit être maintenu à l'endroit d'un des copartageants, il doit l'être pour tous.

1552. — A défaut d'opposition et d'intervention, les créanciers des cohéritiers pourront-ils attaquer le partage consommé?

Cette question paraît résolue par le texte même de l'article 882. Cependant elle ne laisse pas que d'être fortement agitée et de diviser même la jurisprudence.

Pour l'apprécier et la résoudre sainement, il importe de rappeler quelques principes, d'établir quelques distinctions.

En principe, les créanciers trouvent, dans les articles 1166 et 1167, le germe d'une double action. Ils peuvent, en vertu du premier, agir au nom de leur débiteur et faire valoir les droits qu'il pourrait faire valoir lui-même; ils peuvent, en force du second, agir en leur nom et attaquer directement tout ce qui a été fait en fraude de leurs droits. Dans le premier cas, ils peuvent être repoussés par toutes les exceptions opposables au débiteur lui-même; dans le second, les moyens péremptoires contre celui-ci ne pourraient pas même leur être opposés.

En vue de laquelle de ces deux actions la loi a-t-elle accordé le droit de s'opposer ou d'intervenir au partage? Ce ne peut être évidemment pour celle se fondant sur l'article 1166. La conduite du créancier est sans influence sur les actions et les droits personnels au débiteur; que le créancier intervienne ou non, le débiteur ne saurait, dans aucun cas, être privé de l'exercice des uns ou des autres, si d'ailleurs il est fondé à le requérir. Ce n'est donc qu'en vue de l'action basée sur l'article 1167 que le droit de s'opposer ou d'intervenir a été conféré. C'est même ce qui est écrit formellement dans l'article 882 : *Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, etc...*

Mais la fraude, dans ce sens, peut n'être imputable qu'au débiteur. Dans l'intention d'échap-

per à l'action du créancier, il ne s'est pas suffisamment défendu, il n'a pas demandé des rectifications qu'il devait obtenir, il a accepté une formation de lois inégale, quant à la nature des biens, et consenti un partage d'attribution alors qu'il pouvait exiger le tirage au sort. Or, tout cela peut se réaliser sans qu'il en résulte nécessairement aucune idée de fraude chez ses copartageants.

La fraude peut, dans d'autres circonstances, avoir été concertée et simultanément accomplie par tous les copartageants. Cette double hypothèse ne doit pas, à notre avis, être négligée dans l'appréciation de la solution que la question doit recevoir.

Ainsi l'action du créancier, attaquant le partage après sa consommation, peut avoir un triple objet : 1° l'exercice d'un droit personnel au débiteur; 2° la réparation de la fraude de celui-ci; 3° celle d'une fraude concertée et commune à tous les copartageants.

Dans la première hypothèse, il importe peu que le créancier ait ou non fait opposition, qu'il soit ou non intervenu; son action ne saurait être repoussée que par les fins de non-recevoir opposables au débiteur lui-même. Évidemment, si celui-ci dirigeait personnellement l'action, on ne pourrait lui opposer l'abstention de son créancier. A quel titre l'opposerait-on au créancier lui-même? Est-ce que, dans cette hypothèse, ce n'est pas le débiteur qui est seul en cause? C'est donc au point de vue de sa qualité qu'il faut apprécier le litige. Il suffit donc qu'il pût lui-même faire valoir le droit mis en question pour que son subrogé le puisse incontestablement.

C'est ce que Chabot enseigne expressément : « Le créancier qui n'a formé ni opposition, ni demande en intervention, quoique non recevable à attaquer le partage de son chef, peut l'attaquer du chef de son débiteur, en vertu de l'article 1166 du Code civil, car les droits conférés aux créanciers par l'article 882 et ceux conférés par l'article 1166 sont fort différents ¹. »

Nous trouvons dans la jurisprudence de fréquents exemples d'application de cette doctrine. La cour d'Aix l'a consacrée, le 30 novembre 1853, dans une hypothèse où le partage était querrelé de lésion par le créancier de la partie lésée. On voulait repousser cette action par application de l'article 882, le créancier n'ayant formé ni opposition, ni intervention. Mais cette fin de non-recevoir fut écartée par l'arrêt. « Attendu, dit la

¹ *Des Successions*, art. 882; Delvincourt, t. II, p. 378, note 2; Duranton, t. VII, n° 509.

cour, que les actes querellés ne le sont que sous le rapport et le foudement de la lésion qu'ils auraient occasionnée, par l'excessive estimation des biens de la succession d'Isnard, à Gauthier, son bérilier contractuel, et, par suite, aux créanciers de ce dernier; que ledit Gauthier aurait action pour les quereller par ce motif, d'après la disposition de l'article 887 du Code civil; et que la demoiselle Firmiuy, sa créancière, a pu, dès lors, eu vertu de l'art. 1166, le faire elle-même en exerçant cette action de son débiteur ¹.

La même question, s'étant depuis présentée à la cour de Nîmes, y a reçu une solution identique, par arrêt du 3 juillet 1848 ².

Ainsi, cette première hypothèse ne présente aucune difficulté sérieuse. L'admissibilité de l'action des créanciers n'est d'ailleurs que la conséquence d'un principe d'une application usuelle en droit, à savoir : qu'une personne non recevable, en une qualité, à exercer une action, déclarée même telle par un jugement définitif, peut très-bien exercer la même action en une autre et nouvelle qualité.

La seconde hypothèse ne fait pas plus de difficulté que la première. Le créancier, prétendant agir en force de l'article 1167 et arguant de la fraude de son débiteur, ne serait recevable à attaquer le partage consommé que s'il s'y est opposé. En l'absence de toute opposition, de toute intervention, l'article 882 le repousse définitivement. Il ne peut se plaindre d'une fraude qu'il a pu prévenir et qu'il n'a pas voulu empêcher, ni rendre victimes de sa négligence ceux dont la bonne foi n'est pas même suspectée.

La troisième hypothèse, au contraire, fait naître les plus grands doutes. Un grand nombre d'auteurs estiment que le défaut d'opposition ou d'intervention crée une fin de non-recevoir insurmontable contre toute attaque, même fondée sur la fraude concertée ³. Si l'article 882 ne s'appliquait pas à cette fraude, disent les annotateurs de Zacharie, à quel cas s'appliquerait-il donc ?

La jurisprudence s'est profondément divisée sur cette difficulté. On peut consulter, eu sens inverse, les arrêts indiqués par Dalloz jeune au *Dictionnaire général* et au *Supplément*, v° *Partage*, nos 118 et suivants.

Il faut en convenir, ceux qui soutiennent la fin de non-recevoir seules se prévaloir, avec raison, des textes des articles 1167 et 882. Le

premier, permettant aux créanciers d'attaquer les actes frauduleux faits par leurs débiteurs, ajoute : « Ils doivent, quant à leurs droits énoncés au titre des *Successions*, se conformer aux règles qui y sont prescrites. » Dès lors, cette disposition s'interprète par l'article 882, et l'opposition au partage est la condition de l'action en révocation pour fraude. Le Code a donc donné aux créanciers le moyen de prévenir la fraude plutôt que d'offrir seulement, à l'exemple du droit romain, le moyen d'en obtenir la réparation.

Ainsi la loi, si jalouse, dans tous les cas, d'atteindre et de réprimer la fraude, l'aurait donc, dans une hypothèse donnée, protégée expressément. Nous l'avouons, cette seule considération nous met en garde contre l'interprétation donnée à sa pensée. Faut-il, d'ailleurs, aller jusqu'à lui pour se rendre raison de la disposition de l'article 882 ? Nous ne le pensons pas.

Ce qui résulte pour nous de sa disposition, c'est que dans le cas d'une opposition de la part d'un créancier, son droit d'attaquer le partage est illimité, sans condition autre que de justifier son intérêt. Il n'a donc pas même besoin d'articuler et moins encore de prouver la fraude; il lui suffit d'établir que le résultat est préjudiciable à ses intérêts. Ce préjudice peut être indépendant de toute fraude, nous l'avons déjà indiqué, et, sous ce rapport, l'article 882 est une véritable exception, en faveur du créancier, au principe de l'article 1167.

Il est certain, en effet, qu'à l'endroit de celui ci le préjudice que le créancier éprouverait de l'acte attaqué est fort indifférent à la question de sa validité, en ce sens que, démontré qu'il soit, l'acte ne sera pas nul. Pour atteindre à cette nullité, le créancier sera tenu de prouver l'intention de fraude chez le débiteur, la complicité dans la fraude chez le tiers. A défaut de celle-ci, la fraude du premier manifestement certaine ne pourra déterminer le succès de la demande en nullité ou rescision.

C'est ce que la loi n'a pas voulu admettre en matière de partage. Il est une hypothèse où l'existence seule du préjudice entraînera la nullité malgré la bonne foi des tiers, malgré celle du débiteur lui-même. Cette hypothèse se réalisera lorsque le partage aura été fait au mépris de l'opposition que les créanciers y auraient formée.

¹ D. P., 38, 2, 196.

² D. P., 48, 2, 147.

³ Chabot, *loc. cit.* Duranton, *idem*, Chardon, t. II,

no 200; Zacharie, t. IV, p. 426, note 41, et les arrêts cités.

Conséquemment, si cette condition n'a pas été remplie par les créanciers, que faudra-t-il en conclure? Que l'exception à l'article 1167 disparaît, et qu'il faudra revenir au droit commun que cet article trace, c'est-à-dire que l'existence du préjudice ne sera plus suffisante; que la preuve de l'intention frauduleuse du débiteur, jointe à ce préjudice, ne fera pas annuler le partage; qu'à ce préjudice, qu'à la fraude du débiteur, devra se réunir la preuve de l'intention frauduleuse des tiers ayant concouru à l'acte.

En d'autres termes, l'absence de l'opposition remplace les parties sous l'empire exclusif de l'article 1167. En conséquence, voir dans cette absence l'exclusion de toute application de cet article, c'est étrangement s'abuser sur la pensée du législateur, c'est convaincre la loi d'immoralité, c'est admettre l'impossible.

Que le créancier soit puni de sa négligence, on le comprend; mais la peine n'est-elle pas assez grave, lorsque celui qui pouvait faire annuler le partage, en établissant seulement le préjudice qu'il en éprouve, sera obligé de prouver la fraude de son débiteur, la complicité des autres parties contractantes. Cette preuve est-elle toujours possible? est-elle dans tous les cas si facile pour que le créancier n'ait pas à courir de graves chances d'insuccès? Faut-il, indépendamment du danger qu'il a volontairement assumé, le soumettre à subir tous les effets d'une fraude certaine et concertée? Nous ne saurions l'admettre.

Comment d'ailleurs concilier ce résultat avec les documents législatifs? Il est vrai qu'on a reconnu qu'il ne fallait pas, dans l'intérêt des familles, laisser trop longtemps en suspens le sort des partages. Mais de là à consacrer ce qui ne serait que le résultat de la fraude, il y a encore fort loin, et ce qui prouve que le législateur n'a pas voulu franchir cette distance, c'est Treilhard expliquant en ces termes l'article 882; les créanciers, qui n'ont pas formé opposition, ne peuvent attaquer un partage fait sans fraude. Ils pourront donc attaquer, s'il y a fraude.

La doctrine contraire, outre qu'elle serait une véritable prime pour la fraude, arriverait de plus, dans tel cas donné, à cet inique résultat qu'un créancier aurait irrévocablement perdu son droit avant même d'avoir connu qu'il était à même de l'exercer. Telle serait l'hypothèse d'un partage secrètement exécuté le jour même ou le lendemain de la mort de l'auteur. Ce serait là, dira-t-on, une fraude; oui, sans doute, mais qu'importe, si, à défaut d'opposition, la fraude

même concertée ne peut être un motif de revenir contre le partage?

Ainsi si, à défaut d'opposition, le partage consommé n'est plus attaquant, ce ne peut être que lorsque les copartageants ont été de bonne foi. Alors il importera fort peu que le débiteur ait ou non agi en fraude des droits de son créancier; la loyauté de la conduite des autres contractants mettra le partage à l'abri de toute attaque. C'est cette doctrine que la cour de Toulouse a consacrée par arrêt du 8 décembre 1830.

« Attendu, dit-elle, que l'article 882 n'est point une exception à la règle de l'article 167; qu'il n'est applicable qu'au cas où le débiteur seul aurait usé de fraude, envers ses créanciers, dans un acte de partage avec d'autres communistes qui auraient agi de bonne foi; qu'alors, après le partage consommé, les créanciers ne peuvent plus le quereller ¹. »

Dans ce système, le créancier est puni de sa négligence, sans que les complices de la fraude soient récompensés de leur odieuse conduite. Cela nous paraît beaucoup plus rationnel et parlant plus juridique.

Ainsi, en cas de fraude commune à tous les copartageants, le créancier personnel de l'un d'eux, quoiqu'il ne se soit pas opposé au partage, est recevable à en demander l'annulation. Cette fraude peut être établie par la preuve testimoniale. A cet égard, il convient de remarquer que pour que la demande fût admise, il ne suffirait pas d'articuler cette fraude d'une manière générale, il faudrait qu'en ce qui concerne les non-débiteurs surtout, les faits articulés fussent graves, précis et pertinents. Or, en pareille matière, la pertinence ne s'apprécie pas relativement au plus ou moins de préjudice que le partage occasionnerait aux créanciers. Les faits ne seraient tels que si, indépendamment du préjudice, ils établissaient nettement la connaissance de la fraude du débiteur et l'intention de s'y associer. Tout ce qui n'aurait pas ce double caractère ne serait ni concluant, ni admissible. Il importe, en effet, de bien observer, avec la cour de Montpellier, que si ces expressions, *en fraude de ses droits*, de l'article 882 ne doivent pas être entendues en ce sens que la loi prononce une déchéance contre le créancier non opposant, même lorsque le partage a été fait avec fraude, cette déchéance est formelle contre le créancier, lorsque le partage, auquel il ne s'est pas opposé, a été fait seulement au préjudice de ses droits ². Conséquemment, se borner à offrir

¹ D. P., 31, 2, 66.

² Montpellier, 11 juin 1839; D. P., 39, 2, 253.

la preuve de ce préjudice, ce serait demander une preuve inutile et frustratoire, elle devrait dès lors être repoussée.

En résumé, l'article 882 ne déroge à l'article 1167 qu'en ce sens que le créancier opposant, hors la présence duquel le partage aurait cependant été consommé, peut en obtenir la nullité, sans être obligé de prouver la fraude. Celle-ci existe contre toutes les parties par cela seul qu'elles ont procédé au mépris de l'opposition.

A défaut d'opposition, le créancier rentre dans le droit commun en matière de fraude. Il peut encore invoquer l'article 1167, mais il est tenu dans ce cas de se conformer à ses exigences, et en conséquence obligé de prouver que non-seulement le partage préjudicie à ses droits, mais encore que ce préjudice est le résultat de la fraude de son débiteur, et que cette fraude, connue des copartageants, a été partagée par eux. Voilà la seule interprétation de l'article 882 qui soit rationnelle, morale et conséquemment juridique.

1353. — Au reste, et quel que soit le système qu'on adopte, on doit reconnaître que la fin de non-recevoir, tirée du défaut d'opposition, n'est elle-même recevable qu'en tant qu'il s'agit d'un partage sérieux et proprement dit. La loi qualifie cependant de partage tout acte faisant cesser l'indivision. Mais il est évident que si on attribue à cet acte les effets que l'article 882 attache au partage, le danger de la fraude s'aggraverait de la simulation dont l'acte serait le résultat et le fruit.

Un partage d'ailleurs exige un temps plus ou moins long, que le créancier peut mettre à profit pour réaliser son intervention. L'acte faisant cesser l'indivision n'a besoin que du consentement des deux parties et peut être réalisé avant même que les créanciers soient instruits des droits que leur débiteur est appelé à recueillir. Il était donc matériellement et moralement impossible de les placer l'un et l'autre sur la même ligne et de leur faire produire un effet égal.

Le contraire a donc prévalu et devait prévaloir. L'article 882, dit la cour d'Aix, dans l'arrêt de 1853 que nous indiquons tout à l'heure, ne se rapporte qu'aux actes de partage proprement dits, et faits et passés avec solennités requises, et non aux simples actes qui en tiennent lieu, quand ces actes sont empreints de dol et de fraude, auquel cas, la disposition générale du premier alinéa de l'article 1167 est seule appli-

cable¹ : cette doctrine est celle de Zachariæ.

Un transport de droits successifs, dit Chardon, tient lieu de partage, mais il n'en est pas un. Pour un partage, il y a des formalités à remplir, des délais à observer, une famille entière à réunir : ce sont autant de garanties contre la fraude ; c'est sans doute ce qui a déterminé l'exception ; tandis que le transport des droits successifs peut se faire au moment même de l'inventaire de la succession par un héritier déloyal, et ce n'est pas en s'abandonnant à une analogie très-imparfaite, que les tribunaux se décideront à ouvrir une porte de plus à la fraude². C'est au reste ce que la cour de cassation a plusieurs fois décidé³.

Quel que soit donc l'acte faisant cesser l'indivision, et qui, par ce motif, est qualifié partage par la loi, la simulation dont cet acte serait atteint en ferait prononcer l'annulation au profit de celui qui serait exposé à en subir le préjudice. L'article 882 ne se rapportant qu'aux actes de partage proprement dits, et faits et passés avec les solennités requises, il importerait peu que le créancier, demandant cette annulation, eût ou non formé opposition au partage. Aucune fin de non-recevoir de ce genre ne pourrait être opposée dans l'hypothèse d'un partage simulé.

1354. — L'opposition à partage peut être faite expressément par acte séparé, ou dans l'acte même d'opposition à la levée des scellés. Mais, dans un cas comme dans l'autre, elle doit être régulièrement notifiée à tous les cohéritiers. Nous avons déjà dit que l'omission de cette formalité vis-à-vis d'un seul d'entre eux, le constituant en état de bonne foi, rendrait le partage définitif et inattaquable.

L'opposition peut également résulter d'actes annonçant, de la part du créancier, l'intention formelle de ne pas rester étranger aux opérations du partage. La saisie, faite par le créancier du cohéritier, d'un bien appartenant à la succession équivalant à l'opposition à partage de la part du créancier saisissant ; il devrait donc être tenu en cause dans les opérations de celui-ci⁴.

1355. — Les créanciers qui n'ont pas fait opposition ne sont pas déchus du droit d'intervenir au partage, ils peuvent donc réaliser cette intervention tant que le partage n'est pas consommé. Celle-ci réalisée, ils sont recevables à faire toutes réquisitions, à poursuivre toutes modifications qu'ils croient utiles à leurs intérêts. C'est ainsi qu'il a été jugé que bien qu'avant

¹ D. P., 38, 2, 196.

² T. II, n° 262.

³ Voy. arrêt du 19 janv. 1841 ; D. P., 41, 1, 85 et la note.

⁴ Toulouse, 11 juillet 1829.

l'intervention un jugement ait fixé la quote-part afférente à chaque cohéritier, il suffit que le partage ne soit pas encore consommé pour que les créanciers de l'un d'eux soient recevables à former tierce opposition à ce jugement, eût-il été acquiescé par leur débiteur ¹.

1556. — Le partage fait au mépris d'une opposition régulièrement formée doit, nous l'avons dit, être annulé sur la demande des créanciers opposants. Mais il faut, pour qu'il en soit ainsi, que les cohéritiers ne les aient pas appelés en partage. Si le contraire s'était réalisé, et que, sur la notification des actes de la procédure, les opposants eussent négligé de prendre qualité et laissé le partage s'accomplir hors leur présence, toute demande en nullité, par eux ultérieurement formée, devrait être déclarée non recevable ². Cette décision est fondée en raison et en droit; le créancier qui a manifesté l'intention de concourir au partage, et qui a été mis à même de la réaliser, ne saurait se plaindre de ce qu'il a dédaigné ou négligé de le faire. Les cohéritiers ne pouvaient rester dans l'indivision, parce qu'il refusait de venir à leur appel. Il suffit que, par la réalisation de cet appel, ils aient eu égard à l'opposition qu'il leur avait notifiée, pour qu'ils soient à l'abri de tout reproche.

1557. — Le créancier qui a formé opposition à ce qu'il fut procédé au partage hors sa présence a-t-il le droit d'attaquer une vente par licitation, même faite judiciairement, mais à laquelle il n'a pas été appelé? Il faut distinguer, dit Chabot, si la vente par licitation a été faite en faveur de l'un ou de plusieurs des cohéritiers, ou si elle a eu lieu en faveur d'un étranger. Au premier cas, la vente par licitation est un véritable partage et conséquemment la disposition de l'article 882 est applicable; au deuxième cas, il n'y a pas de partage; c'est une vente consentie par tous les héritiers conjointement d'une chose qui leur était commune, et qu'ils ont aliénée sans la partager; or ici l'article 882 ne peut recevoir d'application; mais, en ce cas, le créancier conserve contre l'étranger, acquéreur des biens, en prenant hypothèque ou en faisant saisie-arrest, les droits qu'il avait contre l'héritier son débiteur, jusqu'à concurrence de la portion du prix revenant à cet héritier ³.

C'est aussi ce que la cour de Paris a décidé, par arrêt du 2 mars 1812, cela paraît parfaitement juridique. La nullité d'un partage, fait au

mépris d'une opposition expresse, est une conséquence du principe que le tiers vigilant ne doit éprouver aucune atteinte à ses intérêts qu'il a déclaré vouloir personnellement défendre. Il doit donc être appelé au partage, à peine de nullité; mais s'il ne s'agit pas d'un partage, si l'acte querellé n'est qu'un moyen d'arriver à celui-ci, et si l'en n'en résulte d'ailleurs aucune attribution en faveur des cohéritiers, il ne peut en résulter pour lui aucun préjudice réel. Le seul pouvant se réaliser, et provenant de la substitution d'une somme liquide à un objet immobilier, est facilement conjuré par la faculté de placer l'acheteur dans l'impossibilité de se dessaisir des fonds qu'il a en mains, et cette impossibilité sera la conséquence d'une inscription hypothécaire dans la quinzaine de la transcription ou d'une saisie-arrest. La faculté de réaliser l'une ou l'autre suffit donc à l'intérêt actuel du créancier.

1558. — Le créancier de l'usufruit d'une portion de biens indivis entre les cohéritiers et un tiers est, par la nature de son droit, nécessairement intéressé à l'acte de partage destiné à mettre un terme à la possession commune. Il lui importe, en effet, que le lot obtenant au débiteur de l'usufruit ne soit pas d'une valeur moindre que celle qu'il doit avoir. Il a donc incontestablement le droit d'être partie au partage, ce droit n'a pas même besoin d'être dénoncé par une opposition, ou exercé par une intervention. Il n'y aurait de partage régulier que si l'usufruitier s'abstenait d'intervenir, les parties l'avaient appelé à y prendre part.

L'usufruitier est plus qu'un créancier, il est un véritable copropriétaire. En conséquence, le partage auquel il n'a été ni présent ni appelé reste pour lui *res inter alios acta*. Il n'est donc pas tenu de souffrir le préjudice en résultant pour lui, quelque minime qu'il fut d'ailleurs. Le propriétaire foncier n'a pu, par son fait, nuire à ses droits ni les engager de quelque manière que ce soit. Il serait donc toujours recevable à demander un nouveau partage dans son intérêt propre ⁴.

1559. — L'article 882 confère le droit de s'opposer et d'intervenir aux créanciers d'un copartageant. La généralité de ses termes indique que sa disposition s'applique à tous les créanciers sans exception, et abstraction faite de la nature des titres dont ils sont porteurs. Les créanciers chirographaires peuvent donc l'exercer de

¹ Cass., 4 décembre 1814; D. P., 33, I, 63.

² Cass., 25 janvier 1839; D. P., 39, I, 130.

³ Des Successions, art. 882.

⁴ Proudhon, de l'usufruit, n° 1232.

la même manière que les hypothécaires. Il est, en effet, certain que, quoique n'ayant aucune affectation spéciale sur les biens de leurs débiteurs, les créanciers cédulaires n'en ont pas moins un intérêt très-réel à surveiller les opérations du partage que ce débiteur est appelé à faire. Cet intérêt légitime l'action que nous leur reconnaissons.

1560. — Le droit d'intervenir ou de s'opposer peut-il être revendiqué et exercé par les créanciers de la succession? La négative s'induit du texte de l'article 882. Elle ne résulte pas moins de son esprit. Pour le créancier du copartageant, le partage a une immense portée, car il sera plus ou moins facilement payé, suivant que le lot obtenu à son débiteur sera composé de meubles ou d'immeubles. Il a donc un intérêt évident à empêcher que, soit par collusion, soit par l'effet d'un consentement personnel, ce débiteur se contente de recevoir une somme d'argent facile à soustraire et à consommer. Le même inconvénient ne se présente pas pour le créancier de la succession. Tous les biens de celle-ci répondent de sa créance, et s'il ne peut réclamer à chaque cohéritier personnellement que sa part et portion, il les a obligés hypothécairement pour le tout. Peu lui importe donc que les immeubles passent en telles ou telles mains, son action hypothécaire les suivant contre le possesseur, quel qu'il soit.

Il est vrai qu'on a voulu trouver dans l'action personnelle du créancier le moyen de le placer sous l'empire de l'article 882. Il est réellement créancier de chaque copartageant, a-t-on dit, et dès lors comment lui refuser le droit qu'on accorde au créancier de l'un d'eux. Mais cette objection n'a pas d'autre mérite que celui de donner à la fiction la force qui n'appartient qu'à la vérité. L'article 882 n'a pas voulu multiplier les procédures, augmenter les qualités, et par suite les frais du partage. S'il admet les créanciers des copartageants, c'est qu'ils y ont un intérêt incontestable. Cet intérêt n'existant pas pour les créanciers de la succession, rien ne justifierait le droit qu'ils prétendraient revendiquer¹.

1561. — Nous avons déjà dit que le droit romain admettait que le débiteur pût agir en fraude de ses créanciers, dans les aliénations qu'il consentait de son patrimoine acquis et actuel, et non dans l'omission d'acquiescer, ou le refus qu'il faisait d'augmenter ce patrimoine.

C'est ce que le Digeste exprimait formellement : *Non fraudatur cum quid non adquisitur a debitorum, sed cum quid de bonis diminuitur*².

Mais cette doctrine n'avait pas été suivie par notre ancienne jurisprudence. Sous son empire, les créanciers eurent le droit de se plaindre du refus ou de l'omission d'acquiescer, comme de l'aliénation elle-même. En conséquence, ils étaient autorisés par un usage constant, dans le cas d'une renonciation, à exercer les droits de leur débiteur auquel ils se faisaient subroger. D'abord, ils le faisaient condamner à se porter héritier, en lui donnant caution de le garantir et indemniser si les dettes absorbaient la succession. Dans la suite, on les subrogea purement au lieu et place de leur débiteur, et ainsi disparut leur obligation de donner caution.

C'est ce dernier système que le Code a consacré. L'article 788 porte, en effet : « Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser par justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, et en son lieu et place. »

Cette doctrine est plus rationnelle que celle adoptée par le législateur romain. En effet, que le débiteur se rende insolvable par des aliénations, ou que, l'étant déjà, il refuse le moyen qui s'offre à lui de satisfaire ses créanciers, le résultat est le même à l'endroit de ceux-ci. Vicissitudes dans le premier cas, ils ne le sont pas moins dans le second ; pourquoi ne pas leur accorder dans l'un ce qu'on leur accorde dans l'autre ? Une pareille anomalie, que rien ne justifiait d'ailleurs, a donc été justement prescrite³.

1562. — Ce qui résulte de ces expressions de l'article 788, au préjudice de leurs droits, substituées à celles de l'article 1167, en fraude de leurs droits, c'est que, quels que soient les motifs qui ont dirigé le débiteur, il suffit que sa renonciation ait occasionné un préjudice aux créanciers pour que ceux-ci soient admis à se faire subroger à ses droits, et à accepter en son lieu et place. La preuve de ce préjudice est donc péremptoire, et c'est à sa production que se bornent les obligations des créanciers.

Or, quel peut être le préjudice dont la répudiation d'une succession peut être l'occasion à l'endroit des créanciers ? Évidemment on ne peut en prévoir un autre que celui d'être exposés à perdre tout ou partie de leurs créances. Dès lors on est logiquement amené à cette con-

¹ Malpel, des Successions, n^o 251.

² L. 6, § 2, de his que in fraud. credit.

³ *Id. infra*, n^{os} 1567 et suiv.

séquence que, si le paiement intégral de ces créances est assuré par les biens actuellement possédés par le débiteur, la demande en subrogation ne serait ni recevable ni fondée.

Sans doute le juge à qui l'autorisation est demandée, et qui a à prononcer sur la requête qui lui est présentée à cet effet, n'a ni le moyen ni le devoir de s'assurer si les ressources que possède le renonçant suffisent ou non pour l'extinction de ses dettes. Mais il en est de son autorisation comme de toutes les décisions rendues sur requête et sans contradictions des parties intéressées. Elle ne peut jamais ériger contre celle-ci l'autorité de la chose jugée. Cette autorisation n'empêchera donc pas l'héritier appelé à recueillir le bénéfice de la renonciation du débiteur de contester l'opportunité de la subrogation demandée, et d'exiger même, comme condition essentielle à sa réalisation, la preuve de l'insolvabilité du renonçant, et conséquemment la discussion préalable de ses biens personnels, indépendamment de ceux de la succession.

1563. — Cette doctrine enseignée par un grand nombre d'auteurs, et notamment par Toullier, est critiquée par Chardon. L'obligation d'une discussion préalable, dit ce dernier, et celle de rapporter la preuve de l'insolvabilité du débiteur, sont des obligations qu'arbitrairement on impose aux créanciers, sans que la loi ait un seul mot qui puisse l'autoriser¹.

Nous ne pouvons admettre cette critique, qui a surtout le tort de méconnaître les principes généraux réglant l'exercice de l'action révocatoire. Que le créancier exerce réellement celle-ci lorsqu'il veut être autorisé à accepter une succession à laquelle son débiteur a renoncé, c'est ce qui ne saurait être contesté, au moins à l'endroit de celui à qui la renonciation fera déferer la succession, et qui se trouve par là frustré de son émoluments jusqu'à concurrence de ce qui est dû aux créanciers poursuivant la subrogation. Attaqué à cet effet, on ne saurait donc lui refuser le droit d'exciper de tous moyens capables de faire repousser la demande, et notamment de celui si péremptoire du défaut d'intérêt. Or, ce moyen existerait évidemment si le débiteur renonçant était en position de désintéresser ses créanciers. N'est-ce donc pas à lui qu'incombe tout d'abord le droit de payer ses dettes?

D'ailleurs l'article 788 n'autorise l'action en

subrogation des créanciers qu'en tant que la renonciation a été faite au préjudice de leurs droits. Or, quel est le préjudice dont ils devront se plaindre et justifier l'existence si, indépendamment des biens de la succession, le débiteur a par-devers lui de quoi les satisfaire intégralement?

Loin donc d'être contraire à la loi, ainsi que le lui reproche Chardon, la doctrine enseignée par Toullier est la seule juridique, la seule faisant une juste et saine application des principes généraux de la matière. On doit donc ne pas hésiter à l'accueillir et à admettre avec elle que la preuve de l'insolvabilité du débiteur, et par conséquent la discussion préalable de ses biens, est la condition indispensable pour la recevabilité de la demande en subrogation, à l'effet d'accepter la succession à laquelle il a renoncé².

1564. — L'action de l'article 788 est exclusivement réservée en faveur des créanciers personnels du cointéressé. Les créanciers de la succession n'en ont nul besoin. Pour ce qui les concerne, en effet, il n'arrivera jamais que ce que voici :

Où l'héritier renoncera à la succession pour se débarrasser des ennuis ou des soucis d'une liquidation plus ou moins difficile, et cela n'empêchera pas que l'actif héréditaire ne demeure le gage des créanciers auxquels il se trouve affecté. Ces créanciers poursuivront donc leur remboursement soit contre l'héritier succédant au renonçant, soit contre le curateur qu'ils feront nommer à la succession, si elle demeure vacante;

Où la renonciation aura été précédée, accompagnée ou suivie d'actes simulés, tendant à faire parvenir, entre les mains des renonçants, les biens de la succession que la renonciation aura pour effet d'affranchir de toute contribution aux dettes. Dans ce cas, les créanciers feront non-seulement annuler cette renonciation, mais encore déclarer les renonçants héritiers purs et simples, et, comme tels, tenus du paiement intégral de ce qui leur est dû.

1565. — L'espèce suivante va nous offrir un remarquable exemple de cette fraude et des effets juridiques qu'elle produit.

En l'an ix, Alvery avait vendu tous ses biens, meubles et immeubles, à Louis Rieu, son beau-père. Il décéda en 1809, laissant pour héritiers deux enfants mineurs, Marie et Jean. En 1811, Rieu céda à Marie Alvery tous les biens qu'il avait acquis en l'an ix. De son côté, Marie, s'étant mise en possession des biens, souscrivit une obligation en faveur de son frère. Puis, conjointement,

¹ T. II, n° 263.

² Bourges, 19 décembre 1821; Proudhon, de l'Usufruit, t. IV, n° 2409.

tement l'un et l'autre renoncèrent à la succession de leur père Alvery.

En cet état, les créanciers de la succession soutiennent que l'acte de renonciation est nul comme frauduleux, et que les enfants Alvery sont personnellement tenus des dettes de leur père. La cour de Nîmes, saisie de la contestation, consacre ce double système. Voici les motifs de l'arrêt :

« Attendu que toutes les circonstances de la cause concourent à établir que les actes des 13 novembre et 15 ventôse an ix furent concertés entre Alvery et Louis Rieu pour mettre les biens du premier à couvert des répétitions des créanciers, sous le nom d'un acquéreur simulé ; que cette vérité s'événait surtout de la date de ces actes (suivent les présomptions de simulation) ;

« Attendu que des cessions évidemment simulées, de même que des ventes consenties à Louis Rieu, il résulte que les enfants d'Alvery ont participé à la fraude de leur père ; Marie, par la cession qui lui fut faite le 17 janvier 1811, de l'utilité des ventes faites à Louis Rieu, et par sa mise en possession des biens meubles et immeubles délaissés par son père ; Jean, par l'obligation de 2,000 francs qui lui fut souscrite, le même jour, par sa sœur, et qui ne peut avoir d'autre cause que le partage, entre les deux enfants, de la succession du père commun ;

« Attendu que les enfants Alvery, ainsi mis en possession de tous les biens meubles et immeubles délaissés par leur père, ne sauraient exciper de la répudiation par eux faite de la succession, le 26 janvier 1812, et que la fraude évidente qui a présidé à cette répudiation doit la faire écarter de la cause, sous le double rapport de l'acceptation de l'hérédité par l'effet de la prise de possession des biens et du divertissement des effets de cette succession au moyen des actes simulés qui ont été rappelés ¹. »

Comme on le voit, la fraude dans cette espèce datait de loin. C'était le père qui, bien avant l'ouverture de la succession, l'avait préparée, en se procurant, par une interposition de personne, le moyen de faire arriver ses biens à ses enfants, de manière à ce qu'ils fussent exonérés des dettes. Mais l'adhésion donnée à cette fraude par les enfants devenus majeurs, et, après l'ouverture de la succession, le profit qu'ils voulaient en retirer, rendait inévitable le résultat consacré par la cour de Nîmes.

Ce résultat n'eût pas différé si la répudiation avait précédé la rétrocession et la mise en pos-

sion au lieu de les suivre. En effet, la constatation de la fraude annule l'acte qui en est entaché dès son origine. Il est censé n'avoir jamais existé. Dès lors et dans l'espèce, la simulation des ventes de l'an ix produisait ce résultat, quo la propriété et la possession prétendues n'avaient pas cessé de reposer sur la tête d'Alvery, et son décès arrivant, ses héritiers en avaient été légalement et directement saisis. A dater de ce moment aussi, ils avaient été investis de la qualité d'héritiers, et quelque prolongée que fut la possession apparente de l'acquéreur interposé, elle ne pouvait dans aucun cas amnistier la fraude.

Ainsi, l'article 788 régit exclusivement les créanciers du cohéritier. L'action qu'il consacre est pour eux d'une évidente utilité. En effet, la renonciation enlève à leur débiteur toute participation aux biens de la succession et les prive par là de tout espoir, de toute possibilité d'appliquer au paiement de ce qui leur est dû la portion qu'il était appelé à recueillir. Il était donc juste de les protéger efficacement contre un refus d'acceptation, n'ayant peut-être d'autre motif que de leur arracher cette ressource.

1566. — Ce caractère spécial de l'article 788 amène à cette conséquence que les seuls créanciers admissibles à en invoquer le bénéfice sont ceux dont les droits sont antérieurs à la renonciation. Cette antériorité exige donc que la créance résulte soit d'un titre authentique, soit d'un titre privé ayant acquis date certaine avant l'époque de la répudiation. Celui qui est appelé à profiter de celle-ci n'est, dans aucun cas, l'ayant cause du renonçant. On ne pourrait donc pas prétendre que le titre fait contre lui foi de sa date, comme il le ferait à l'endroit du débiteur.

Quant aux créanciers postérieurs à la renonciation, il est évident qu'ils ne sauraient être admis à la querreller. Comment pourraient-ils, en effet, prétendre qu'elle préjudicie à leurs droits qui n'existaient pas encore ? D'ailleurs, il ne leur était pas permis d'ignorer la condition de celui avec qui ils traitaient ; et par cela seul qu'ils ont consenti à le faire en l'état de sa répudiation, ils se sont définitivement interdit tout moyen de s'y soustraire.

1567. — Cette règle est cependant susceptible de deux exceptions. La première : si la somme prêtée postérieurement a servi à éteindre une créance antérieure. La subrogation qui s'opère dans ce cas a fait passer sur la tête du nouveau créancier tous les droits que l'ancien pouvait exercer ; la seconde : si la cause de la créance

¹ Nîmes, 9 juillet 1825.

postérieurement réglée remontait à une époque antérieure à la répudiation.

1568. — L'acceptation des créanciers, au lieu et place de leur débiteur, ne relève pas celui-ci des effets de la répudiation. C'est ce qui est textuellement prévu par le second paragraphe de l'article 788. La nullité de la répudiation n'est admise qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leur créance.

De là deux conséquences :

1569. — 1^o L'offre faite par le successible appelé à profiter de la renonciation du débiteur, et à eu recueillir les bénéfices, de payer les créanciers poursuivants rendrait sans objet l'application de l'article 788. Les créanciers seraient dès lors sans intérêt à la subrogation et privés, conséquemment, de tout moyen de l'obtenir. Le but de cette subrogation n'étant que le paiement des dettes, elle deviendrait inutile par la réalisation immédiate de ce paiement.

1570. — 2^o Quel que soit l'effet de la liquidation opérée par suite de leur acceptation, les créanciers ne pourraient rien retenir au delà de ce qui leur est dû en capital et intérêt. Tout ce qui excéderait, prélèvement fait des frais de la liquidation, appartiendrait aux cohéritiers du renonçant, ou au renonçant lui-même, si aucun autre successible n'avait appréhendé la succession.

1571. — Le paiement des dettes, étant une charge naturelle de la succession, incomberait incontestablement aux successeurs irréguliers appelés à défaut de parents au degré successible. Aucun doute ne s'élèvera sur ce point, en ce qui concerne le conjoint survivant ou l'État.

Mais la position exceptionnelle de l'enfant naturel exige que nous entrons dans quelques détails, quant aux droits que les créanciers peuvent être appelés à exercer contre lui.

Aux termes de l'article 788, l'enfant naturel est apte à recueillir l'intégralité des biens, si celui qui l'a légalement reconnu décède sans laisser de successibles. Dans le cas contraire, l'enfant naturel ne prend dans la succession qu'une quotité déterminée, selon les hypothèses établies par l'article 757.

Le paiement des dettes étant proportionné à l'émolument retiré par les successeurs irréguliers, cet effet étant indépendant de toute déclaration régulière d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, il était évident que ces successeurs irréguliers pouvaient facilement spolier la succession, en dénaturer la consistance et la valeur en fraude et au préjudice soit des héritiers légitimes, s'il en existait, quoique inconnus au mo-

ment de l'ouverture de la succession, soit des créanciers.

Ce danger, le législateur s'en est préoccupé. Il a, pour le prévenir, édicté pour les successeurs irréguliers les articles 769 et suivants, que l'article 775 déclare applicables à l'enfant naturel.

Ce dernier doit donc, comme le conjoint survivant, comme l'État, faire constater la valeur réelle de la succession ou de la part qu'il doit y recevoir. Il est tenu dès lors de requérir l'apposition des scellés, de faire inventaire régulier dans les trois mois, de demander enfin la délivrance, soit aux héritiers légitimes, soit à la justice.

Pour bien apprécier les conséquences de la violation de ces devoirs, il faut en considérer le but. Ce qu'ils ont pour objet de garantir et de conserver, c'est simultanément l'intérêt des héritiers dont la non-existence a fait d'abord déférer la succession aux héritiers irréguliers; l'intérêt des créanciers, par la conservation du gage sur lequel ils ont le droit de compter jusqu'à concurrence de leurs créances.

L'exécution des formalités prescrites par la loi n'a pas pour effet de placer les successeurs irréguliers en dehors de toute atteinte. Ainsi, les héritiers qui se présenteront, les créanciers, conservent, même dans ce cas, la faculté de contester la sincérité de l'inventaire, de poursuivre la réparation du préjudice qu'ils imputeraient à des soustractions ou à des omissions frauduleuses. Mais, dans chacune de ces hypothèses, le successeur est présumé avoir loyalement agi par cela seul qu'il a rempli les obligations qui lui étaient imposées, et cette présomption ne cède qu'à la preuve contraire que les demandeurs sont tenus de fournir.

L'omission de toutes formalités place le successeur dans une position contraire. Il est, dans ce cas, présumé avoir agi frauduleusement, et obligé, jusqu'à preuve contraire de sa part, à supporter les conséquences de sa coupable négligence.

Au point de vue des héritiers revendiquant, ces conséquences, indiquées par la raison, sont expressément consacrées par la loi. Le successeur irrégulier leur doit des dommages-intérêts. Les termes facultatifs de l'article 772 du Code civil s'expliquent par la faculté que le successeur a de prouver qu'il n'a réellement causé aucun préjudice.

Quels doivent être, par rapport aux créanciers, les effets de la violation des articles 769 et suivants? Sous l'empire des principes généraux de la matière, cette question ne serait pas douteuse.

L'héritier qui, par son immixtion dans la succession, confond les biens dans son actif, devient héritier pur et simple. Comme tel, il est tenu de l'intégralité des dettes.

Mais cet effet a été contesté par rapport surtout à l'enfant naturel. Celui-ci, a-t-on dit, n'est jamais héritier. C'est la loi qui le décide formellement. Il est donc dispensé de toutes les formalités imposées à celui-ci. Dès lors on ne saurait rencontrer, dans leur inexécution, les mêmes résultats. L'enfant naturel n'est tenu que des obligations imposées par les articles 769 et suivants du Code civil. Or, leur violation n'a pas même été prévue par le législateur; la loi ne s'en occupe que dans l'article 772, et relativement aux héritiers qui se représenteront. C'est donc ajouter à sa disposition que d'en vouloir faire ressortir une peine quelconque en faveur des créanciers.

Ces objections méconnaissent la véritable pensée du législateur. Leur consécration arriverait à un résultat énergiquement repoussé par la raison et la justice. Peut-on, en effet, admettre qu'on ait voulu abandonner le sort des créanciers à la discrétion absolue de celui qui devient leur débiteur, alors que, dans toutes les circonstances, leur intérêt a surtout préoccupé le législateur?

Un pareil résultat est impossible, il doit donc être repoussé. Ce qui restera acquis, c'est que la loi n'a dispensé l'enfant naturel de la déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, que parce que les formalités qu'elle lui imposait suppléaient à cette déclaration et établissaient bien plus efficacement la séparation des patrimoines. Dès lors, le successeur irrégulier ne pourra revendiquer le bénéfice de n'être tenu que jusqu'à concurrence de son émolument, que s'il a rempli les devoirs que les articles 369 et suivants lui imposent.

Par voie de conséquence, l'omission de ces devoirs le rendra indéfiniment obligé envers les créanciers. Cette conséquence n'a rien de sévère ou d'injuste. Pourquoi, chargé de constater la valeur réelle de la succession, profiterait-il d'un fait qui ne s'explique que par l'intention de placer les créanciers hors d'état de le faire?

C'est, au reste, ce que les jurisconsultes les plus estimés n'ont pas cessé d'enseigner; c'est ce que le judicieux Pothier notamment professe en termes formels : « Pour que ceux qui succèdent

« tenus des dettes que jusqu'à concurrence des
« biens auxquels ils ont succédé, il faut qu'ils
« en aient fait constater la quantité par un in-
« ventaire ou quelque acte équivalent ; s'ils s'en
« sont mis en possession sans cela et qu'ils
« aient disposé des biens, ils seront tenus indé-
« finiment des dettes, et ils ne seront pas reçus,
« pour s'en décharger, à offrir d'abandonner ou
« de tenir compte des biens, s'étant mis, par
« leur faute, hors d'état d'en pouvoir constater
« la quantité ¹. »

« Depuis le Code civil, dit Duranton, les suc-
« cesseurs irréguliers doivent inventorier ; mais
« ils n'ont pas besoin de formaliser au greffe
« l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, et un
« acte qui priverait l'héritier légitime de la
« qualité de bénéficiaire n'a point cet effet à
« leur égard, si toutefois cet acte n'opère pas
« confusion des biens ². »

Les auteurs des *Pandectes françaises* sont encore plus explicites. Voici de quelle manière ils interprètent l'article 772 : « Dans ce cas, vis-à-vis des héritiers, les successeurs irréguliers ne sont tenus que des dommages-intérêts et non des dettes, parce que ce sont toujours les héritiers qui sont tenus des dettes en leur qualité.

« Mais vis-à-vis des créanciers de la succession, lorsqu'il ne se présente pas d'héritiers, ce ne sont plus des dommages-intérêts qui sont dus, c'est le paiement entier des dettes. La loi imposant à ceux à qui elle attribue les biens les mêmes formalités qu'à l'héritier bénéficiaire, ils doivent supporter, quand ils y manquent, la même peine que celui-ci quand il les néglige. »

Enfin, Chabot n'hésite pas, même lorsqu'au lieu de venir seul à la succession, en vertu de l'article 758, l'enfant naturel y est appelé en concours avec des héritiers légitimes, à le déclarer tenu *ultra vires* s'il n'avait pas fait constater, par un bon et loyal inventaire, l'état et la valeur de la succession, ou l'état et la valeur de ce qui lui aurait été délivré par les héritiers légitimes ³.

La vérité est donc que la seule différence entre le successeur et l'héritier consiste en ce que ce dernier, pour n'être tenu des dettes qu'à concurrence de l'actif, doit, après inventaire, déclarer au greffe, et avant toute immixtion, qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire. tandis que l'accomplissement seul des formalités des

¹ Des Success., chap. V, art. 2, § 3.

² T. VII, n° 13.

³ Sur l'art. 757, n° 18.

articles 769 et suivants opère, de plein droit, cet effet en faveur du premier. Mais si l'enfant naturel a omis ces formalités, si, par conséquent, il a confondu son patrimoine personnel avec le patrimoine du défunt, il n'est plus admissible à vouloir en opérer la séparation. Ce qui s'induit de leur confusion, c'est que son auteur a considéré l'actif successoral comme devant suffire pour éteindre complètement le passif; c'est ce qu'on doit le condamner à faire. Il est donc tenu indéfiniment des dettes. C'est ce que la cour d'Aix vient de juger dans l'affaire Estienne contre les époux Coliu, par arrêt du 7 août 1851, encore inédit.

La même obligation serait, dans les mêmes circonstances, imposée aux autres successeurs irréguliers, à savoir : le conjoint survivant et l'État.

1572. — L'ouverture d'une succession testamentaire donne lieu à des fraudes plus ou moins nombreuses, soit contre les héritiers légitimes, soit contre les héritiers institués. Déjà, nous nous sommes occupé des attaques dont le testament peut être l'objet pour insanité d'esprit ou pour captation; nous avons déterminé les effets de l'empêchement de tester et de la suppression ou soustraction du testament. Nous nous bornons, sur tous ces points, à nous en référer à nos précédentes observations¹.

1572 bis. — Ajoutons que les lois réglant la forme des actes de dernière volonté, la nature et les caractères de certaines dispositions prohibitives, quoique d'intérêt général, intéressent, à un très-haut point, les tiers successibles, auxquels la succession fait retour par l'annulation du testament. Le législateur n'a consenti à préférer la loi testamentaire à ses propres dispositions, qu'en tant qu'elle se renfermerait, en la forme et au fond, dans les limites que l'ordre public, que la sécurité des familles lui faisaient un devoir de tracer. Le testateur qui tenterait de les franchir ne laisserait après lui qu'un acte frappé d'impuissance. Il mourrait réellement *intestat*.

De là cette conséquence qu'il suffit d'être au rang des successibles utilement appelés, pour être admis à quereller un testament et à le faire annuler soit pour vice de forme, soit pour illégalité de ses dispositions.

1573. — Les nullités de formes ne précédent pas ordinairement d'une pensée de fraude; mais imputables au notaire recevant le testament ou l'acte de suscription, elles peuvent être de

nature à engager sa responsabilité vis-à-vis des héritiers institués. La nullité du testament, parce que le notaire a négligé d'accomplir rigoureusement son devoir, donnerait à ceux-ci le droit de poursuivre contre lui la réparation du préjudice qu'ils seraient dans le cas d'éprouver.

1574. — Il est toutefois une nullité au regard de laquelle la position du notaire mérite d'être nettement définie. Nous voulons parler de celle résultant de la violation de l'article 973 du Code civil.

Aux termes de sa disposition, le testament doit être signé par le testateur; s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il doit être fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

1575. — Le but de ces prescriptions est facile à saisir; ce qui constitue en quelque sorte le testament, c'est la signature de son auteur. Seule, elle prouve que le testateur a persisté dans les volontés exprimées dans l'acte et a entendu en assurer la pleine et entière exécution. Un testament non signé ne saurait être utile à rien, tout au plus pourrait-il être considéré comme un projet qui, volontairement délaissé par son auteur, a été par cela même anéanti.

Mais le défaut matériel de signature ne peut se réaliser dans les actes authentiques, en ce sens que le notaire a qualité pour y suppléer utilement, en constatant l'ignorance ou l'impuissance dont ce défaut est déclaré être la conséquence. Cependant il peut en être du testament authentique comme du testament olographe. Son auteur, même après l'avoir dicté, peut concevoir le dessein de ne pas le faire sortir à effet, mais il peut aussi se trouver dans une position telle que la manifestation de cette volonté ne soit pas sans danger pour lui. Il fallait donc qu'il lui fût possible d'atteindre ce résultat d'une manière indirecte. C'est ce qu'il est légalement présumé avoir voulu, lorsque la mention remplaçant la signature est inexacte ou incomplète.

1576. — Ainsi si le testateur a déclaré ne savoir signer, la preuve du contraire, faite contre l'héritier testamentaire, détermine la nullité du testament. Celui qui déclare ne savoir signer, lorsqu'il sait le faire, lorsqu'il l'a toujours fait, n'a voulu qu'une seule chose, à savoir : se soustraire à l'obligation de signer. Il a donc par là suffisamment manifesté qu'il ne voulait pas sanctionner le testament, qui ne peut dès lors créer aucun droit en faveur ou contre qui que ce soit.

Que si, au lieu de prétendre qu'il ne sait

¹ Voy. *suprà*, nos 366 et suiv.

signer, le testateur a déclaré ne le pouvoir, la présomption est la même, les effets en sont identiques. Cette présomption ne s'efface que lorsqu'il a fait connaître la cause réelle de l'empêchement, cause que le notaire doit exprimer telle qu'elle lui est déclarée.

1577. — La position du notaire, malgré que dans l'un et l'autre cas le testament soit nul, est fort différente. Si le testateur a déclaré ne savoir signer, l'acte est complet par la mention de cette déclaration. Le notaire n'a pas à en contrôler l'exactitude, s'enquérir de sa véracité. La nullité, dans ce cas, est tout entière le fait du testateur, qu'on prouve avoir su signer. Les héritiers privés du bénéfice de l'institution ne pourraient donc exercer aucun recours contre le notaire.

Il n'en est pas de même lorsque le testateur a déclaré ne pouvoir signer. L'acte qui se borne à mentionner cette impuissance serait incomplet, sa nullité engagerait la responsabilité du notaire, car il n'aurait pas rempli toutes les obligations qui lui sont imposées à l'endroit de la validité de l'acte. Il lui appartient, en effet, de veiller à ce que les conditions auxquelles cette validité est attachée soient scrupuleusement remplies. La négligence qu'il apporterait dans l'exécution de ce devoir constituerait une faute lourde et donnerait lieu contre lui à une condamnation en réparation du préjudice.

1578. — Mais que doit faire le notaire en présence d'une déclaration se bornant à alléguer l'impuissance? Peut-il la compléter en indiquant lui-même la cause de cette impuissance? Évidemment non. D'abord parce qu'il ne pourrait, à cet égard, fournir qu'une appréciation fondée sur l'état extérieur du malade, appréciation qui pourrait fort bien s'écarter de la vérité. Il n'y a qu'une seule personne capable de s'expliquer utilement sur les motifs de l'impuissance, c'est celle qui l'allègue; tout autre qu'elle ne peut donner qu'une conjecture plus ou moins probable. Or ce que la loi exige, c'est la vérité et non une supposition, quelque fondée qu'elle paraisse.

D'ailleurs, reconnaître au notaire la faculté de suppléer au silence du testateur, c'est méconnaître l'esprit de la loi, c'est subordonner la validité du testament à une autre volonté que celle du testateur lui-même. Nous le disions tout à l'heure, l'allégation de l'impuissance peut n'être qu'un prétexte sous lequel le testateur déguise la répugnance qu'il éprouve pour le testament qu'il vient de dicter. Cette annulation indirecte est autorisée par la loi. Dans quels cas

cependant profitera-t-elle à ceux que le testateur a voulu favoriser, si le notaire peut à son gré l'empêcher, en complétant le testament.

L'hypothèse que nous prévoyons n'est pas aussi impossible qu'on pourrait le croire. Dans un moment d'empoiement et de colère, un homme a conçu la pensée de déshériter sa famille. Il appelle un notaire et lui dicte son testament. Mais la réflexion arrive. Au moment de consommer la ruine des siens, l'affection fait entendre sa voix, l'aspect des douleurs, des misères qu'il va occasionner amène le repentir. Par un reste d'amour-propre, cependant, il ne veut pas avoir l'air de revenir sur sa résolution, et, sachant l'effet de la déclaration qu'il va faire, il se borne à dire qu'il ne peut signer.

Dans d'autres circonstances, un malade, éloigné de sa famille, entouré de mercenaires avides, est sollicité, pressé de faire un testament en leur faveur; les prières, les obsessions ne suffisant pas, on va jusqu'à la violence; on ne lui laisse aucun repos, on le meurt de le laisser mourir sans secours et sans soins, bref, le désir seul d'acheter sa tranquillité le décidera. Mais il voudra avoir l'air de céder plutôt que céder en effet, et le notaire appelé pour recevoir le testament ne recevra de lui que cette réponse : qu'il ne peut signer, se ménageant ainsi une nullité conforme à ce qu'exigent le désir de punir de coupables manœuvres et celui d'obéir à ce que lui commandent ses véritables affections.

Donnez au notaire le droit de compléter le testament en indiquant lui-même la cause de l'impuissance, et vous décidez que tout repentir est impossible; que la fraude et la violence triompheront insolemment, car la famille injustement dépouillée ne pourra pas souvent fournir la preuve de l'une ou de l'autre. Un pareil résultat serait une immoralité, une iniquité. Il n'a donc pu entrer dans la pensée du législateur.

Mais si le notaire ne peut suppléer à la déclaration, il a le devoir et surtout l'intérêt le plus incontestable à constater que le vice dont elle est atteinte est le fait exclusif du testateur, et à se mettre ainsi à couvert de tout recours. Il doit donc, lorsqu'il reçoit du testateur la déclaration pure et simple qu'il ne peut signer, l'interpeller d'en indiquer la cause. La mention de cette interpellation, celle du silence qui l'a accueillie ou de la réponse qui lui a été faite, suffisent pour que, quel que soit le sort ultérieur du testament, il soit à l'abri de tout recours.

1579. — La doctrine que nous exposons est admise par les auteurs et par la jurisprudence.

« Remarquons bien, dit Merlin, que, suivant l'article 973, il faut aujourd'hui, comme il le fallait dans l'ancienne jurisprudence, qu'il soit constaté par le testateur même que c'est le testateur qui a déclaré personnellement son incapacité ou impossibilité de signer, et que la seule énonciation de la cause qui l'a empêché de signer ne suffirait pas, parce qu'elle laisserait ignorer si c'est le testateur qui l'a lui-même déclarée ou si c'est le notaire qui s'en est constitué le juge ¹. »

A l'appui de cette opinion, Merlin rappelle un arrêt de la cour de Caen, du 11 décembre 1822. Dans l'espèce de cet arrêt, le testament renfermait l'énonciation suivante : *Et le testateur, ayant essayé de signer, n'a pu le faire, à cause du tremblement de sa main.* Ce testament, validé en première instance, fut annulé par la cour, pour violation de l'article 973. Le notaire et les témoins, dit l'arrêt, ont reconnu que si le testateur avait pris la plume pour signer, et s'il avait tracé quelques lettres sur le testament, il n'aurait cependant point fait la signature. Le jugement dont est appel a suffisamment reconnu aussi que ces lettres ne pouvaient former une vraie signature. En ce cas que devait faire le notaire ? Il lui incombait de recueillir la déclaration du testateur sur la cause qui l'empêchait de signer ; cette déclaration, passée par le testateur lui-même, devait être mentionnée d'une manière expresse, à peine de nullité. Mais c'est le notaire seul qui parle, et il n'est pas fait mention d'aucune déclaration passée à cet égard par le testateur. La loi a donc été évidemment violée. Si on eût pris la déclaration du testateur, et qu'il eût dit : *Je ne signe pas parce que j'ai changé de volonté*, il n'y aurait sans doute pas de testament. Le législateur a donc eu raison d'exiger impérieusement que la cause qui empêche le testateur de signer soit déclarée par lui-même, et qu'il soit fait mention expresse de cette déclaration. Il a donc eu raison de ne pas laisser à la disposition du notaire d'expliquer lui-même, et sans la participation du testateur, le motif ou la cause qui l'empêche de signer ².

1580. — Le testament valable en la forme doit être annulé, si ses dispositions renferment une violation d'une loi prohibitive. C'est ce qui se réalise notamment lorsque le testateur a prescrit une substitution fidéicommissaire.

1581. — Permisses par le droit romain et par notre ancienne législation, les substitutions furent d'abord suspendues, puis prohibées par les lois des 25 août, 2 septembre, 14 et 18 novembre 1792. Cette prohibition reçut une consécration nouvelle de la loi du 17 nivôse an 11, prescrivant le partage égal des successions.

Cette législation fut un énorme, un incontestable progrès. Ressource précieuse pour la féodalité, les substitutions devaient périr avec elle. L'expérience avait prouvé en effet que, dans les familles opulentes, cette institution n'avait pour but que d'enrichir l'un de leurs membres en dépouillant les autres, que de perpétuer ainsi le faste et l'éclat qui devaient accompagner un nom qui n'était souvent qu'un lourd fardeau pour celui qui le portait.

Mais ce qui résultait d'un pareil état de choses, c'était un germe renaissant de discords et de procès ; c'était de mettre les biens hors du commerce pour longues années, d'occasionner un grave préjudice à l'agriculture. Chaque grevé de substitution, n'étant qu'un simple usufruitier, avait un intérêt contraire à toute amélioration. Ses efforts devaient tendre à multiplier et à anticiper les produits des biens substitués au préjudice de ceux qui étaient appelés après lui, et qui chercheraient à leur tour une indemnité dans de nouvelles dégradations.

Enfin, ajoutait l'exposé des motifs du Code, ceux qui déjà étaient chargés des dépouilles de leurs familles avaient la mauvaise foi d'abuser des substitutions pour dépouiller aussi leurs créanciers. Une grande dépense faisait présumer de grandes richesses. Le créancier qui n'était pas à portée de vérifier les titres de propriété de son débiteur, ou qui négligeait de faire cette perquisition, était victime de sa confiance, et, dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite.

A ces raisons de morale, d'équité, d'intérêt général, les rédacteurs du Code civil en ajoutaient une autre non moins puissante. C'est que cette institution était incompatible avec les mœurs politiques et sociales de l'époque, avec les principes mêmes de notre législation.

1582. — De là l'article 896, dans lequel la nouvelle féodalité que l'empire fit naître sut se réserver sa part en permettant la transmission héréditaire des majorats érigés en faveur d'un

¹ *Rep.*, v° *Signat.*, § 3, art. 2, n° 7 ; voy. Toulhier, t. V, n° 437 ; Grenier, t. 4^{or}, n° 242.

² Voy. Toulouse, 5 avril 1818 ; *Sirey*, 23, 2, 48 ; cass., 25 avril 1825 et 15 avril 1835.

chef de famille, conformément aux décrets des 30 mars et 14 août 1806.

En dehors de cette exception, et avant qu'elle fût introduite, toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. La seule dérogation dont cette règle est susceptible est celle autorisée par les articles 1048 et 1049 du Code, en faveur des petits-enfants ou des neveux du testateur.

1583. — Mais cette dérogation, toute dans l'intérêt de la famille, ne fait que confirmer la volonté du législateur d'empêcher l'abus des substitutions, en ne tolérant que celles qu'une circonstance impérieuse rendrait indispensables.

Or, ce qui a motivé les articles 1048 et 1049, c'est le désir de ménager au père effrayé de la dissipation de son enfant, au frère se mélangant de la légèreté de son frère, le moyen de conserver intacte une partie de la succession, en y appelant les petits-enfants ou les neveux.

Mais, dans ce cas même, la substitution ne peut comprendre que les biens dont le testateur a la libre disposition. Ainsi, quels que soient les dangers que puisse offrir la conduite de l'enfant, il a un droit absolu sur les biens de son père, jusqu'à concurrence de sa réserve légitimaire. Il la recueille dans tous les cas sans qu'elle puisse être affectée d'aucune charge, même au profit de ses propres enfants.

De plus, la substitution de la quotité disponible doit s'arrêter au premier degré. L'article 1050 ajoute qu'elle s'étendra, à peine de nullité, à tous les enfants nés et à naître, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.

Ainsi, la pensée du législateur est ou ne peut pas plus explicite. Obéissant à une pensée de sage prévoyance, il a voulu remédier au danger que le père, que le frère est dans le cas de redouter pour ses petits-enfants, pour ses neveux. C'est la famille tout entière et non la position particulière d'un de ses membres qui fait l'objet de sa sollicitude.

1584. — Tel n'était plus le caractère de la loi du 17 mai 1826. Dans un intérêt politique fort saisissable, on avait conçu à cette époque la pensée de reconstituer l'aristocratie terrienne. Le moyen le plus immédiat était le rétablissement des substitutions.

On n'osait pas cependant dévoiler cette pensée; on se contentait de demander que la quotité disponible pût être substituée jusqu'au deuxième degré exclusivement. Mais, quelque timide que

fût cet essai, l'opinion publique ne s'y trompa pas. Comment aurait-elle pu le faire? A côté de cette demande, on osait proposer le rétablissement du droit d'ainesse.

Quelle que dévoué que fût le pouvoir législatif d'alors, la clameur publique l'entraîna, et le droit d'ainesse resta sur le champ de bataille. Les substitutions dans la mesure proposée furent de nouveau inscrites dans nos lois.

1585. — La révolution de juillet 1830 vint mettre un terme à toute tentative nouvelle et couper court à toute velléité de ce genre. On sembla même vouloir entrer résolument dans la voie contraire. Dès le 24 août 1831, Jaubert proposait, à la chambre des députés, d'interdire, à l'avenir, toute institution de majorats et de réduire la substitution de ceux existants à deux degrés, l'institution non comprise.

Reprise en 1833 par Parau, cette proposition fut depuis adoptée. Cette adoption fut promulguée le 12 mai 1833. Ce premier coup porté à cette institution a été aggravé par la loi des 7-11 mai 1840.

Quant à la loi du 17 mai 1826, elle a été purement et simplement abrogée par celle du 17 janvier 1849.

Nous en sommes donc revenus au principe de l'article 896 du Code civil. Les substitutions sont prohibées. Ce qui les caractérise, c'est l'obligation de conserver et de rendre. Or, cette obligation ne résultant pas de la substitution vulgaire, celle-ci est maintenue. C'est d'ailleurs ce qui est expressément écrit dans l'article 898.

1586. — La prohibition de l'article 896, ayant pour effet d'annuler le testament et de déléguer la succession aux héritiers légitimes, intéresse donc, à un très-haut point, les successibles. Cette qualité suffit donc pour autoriser celui qui en justifie, à querreller la disposition et à en provoquer l'annulation, en prouvant qu'elle constitue réellement une substitution prohibée.

1587. — Nous n'avons pas à nous livrer à l'examen des mille et une difficultés que peut offrir cette si vaste matière; nous devons nous borner à rappeler quelques principes généraux de nature à justifier les conditions auxquelles les tiers successibles seront recevables à querreller la disposition. En fait, si la substitution existe, cette disposition sera annulée; en droit, la substitution existera si l'institué appelé à recueillir est obligé de conserver et de rendre à sa mort à une autre personne également désignée par le testament.

1588. — Nous disons *de rendre à la mort*: c'est là, en effet, le caractère qui distingue la

substitution prohibée de certaines dispositions mortales dont la validité ne saurait être contestée. Ce qui constitue celles-ci, c'est que l'institution du premier appelé est le résultat du doute dans lequel le testateur s'est trouvé sur l'existence du second et sur la possibilité qu'il puisse recueillir sa succession, doute qui, levé qu'il soit, doit amener la prise de possession de celui-ci et la restitution de l'hérédité en ses mains. C'est ce qui se réaliserait dans les institutions du genre de celles-ci : Je donne mes biens à Pierre, à la charge de les rendre à mon fils s'il revient de l'armée, ou bien à la charge de les rendre à Paul lorsqu'il aura atteint tel âge, ou si tel navire revient des Indes. Il est évident, dans tous ces cas, que le grevé n'est institué que conditionnellement, et que, la condition se réalisant, il n'a jamais été héritier, mais bien plutôt un dépositaire, un administrateur, ce qui est exclusif d'une substitution.

1589. — Pour que celle-ci existe, il faut que l'obligation de conserver et de rendre ne doive être exécutée qu'à la mort du grevé. Il n'est pas douteux, en effet, que la loi n'a voulu atteindre que les substitutions se réalisant *ordine successivo*, dans lesquelles le substitué ne recevra les biens qu'au décès du grevé. C'est là ce que prévoit l'article 896, dans lequel l'obligation de conserver et de rendre ne peut s'entendre que de l'impossibilité dans laquelle se trouve le grevé de transmettre à d'autres qu'au substitué les biens qu'il n'a reçus qu'à cette condition.

Ce qui démontre l'exactitude de ce sens, c'est qu'évidemment le Code a voulu prohiber ce que la législation ancienne avait permis. Or, de l'avis de tous les jurisconsultes anciens, les substitutions n'étaient réputées faites que pour avoir lieu à la mort du grevé.

On peut, de plus, apprécier la pensée du législateur à l'endroit des substitutions qu'il prohibe par la nature des exceptions qu'il consacre. Comme ces exceptions ne sont pas fondées sur une diversité d'espèces dans les choses, mais uniquement sur les égards qu'on a eu devoir aux personnes en faveur desquelles ou a voulu faire fléchir la règle commune, il faut en conclure, dit Proudhon, que ce qui est permis aux uns, par privilège personnel, est de même nature que ce qu'on a prohibé aux autres, et, réciproquement, que les dispositions généralement prohibées sont de même nature que celles pour

lesquelles la loi se relâche de sa rigueur envers les personnes qu'elle excepte de la règle commune. Or, les dispositions permises en faveur des petits-enfants ou des neveux sont certainement des substitutions faites dans l'ordre successoral; car, quoiqu'elles ne puissent s'étendre au delà du premier degré, il n'en est pas moins incontestable qu'elles sont des substitutions pour l'exécution desquelles le substitué doit survivre au grevé. Il n'y a, en effet, de degré que là où il y a une génération succédant à l'autre.

Concluons donc, continue Proudhon, qu'il n'y a de prohibé que les substitutions faites dans l'ordre successoral, par lesquelles l'un serait appelé à recueillir après le décès de l'autre et sous la condition de survivre, et que les dispositions portant charge de rendre après un délai déterminé et à un jour certain ne tombent pas sous la prohibition du Code¹.

1590. — On ne pourrait d'ailleurs le décider autrement sans méconnaître la disposition de l'article 1121, qui permet de stipuler pour un tiers conditionnellement à la donation qu'on fait à un autre. Or, il est évident que cette stipulation peut consister dans l'obligation imposée au donataire de restituer une partie des biens à une époque déterminée et prévue. Dans ce cas, le donataire, en attendant le moment de cette restitution, est obligé de conserver, comme il le sera de rendre à l'époque où le cas prévu arrivera. Évidemment donc, cette double obligation ne constitue pas, par elle seule, une substitution prohibée; elle ne revêt ce caractère que lorsque son exécution doit se faire *ordine successivo*. Sans cela, il n'y plus qu'une vocation de diverses personnes recueillant l'hérédité ou le dou sous de simples conditions impuissantes pour constituer le fidéicommiss. C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence².

Ce qui distinguera essentiellement cette vocation de la substitution fidéicommissaire, c'est que, dans celle-ci, la survie de l'appelé est la condition substantielle de son droit; s'il meurt avant le grevé, il n'en a jamais eu aucun qu'il ait pu transmettre à ses héritiers. Celui, au contraire, qui est appelé à recueillir, à une époque déterminée, tout ou partie de la donation ou du legs fait à un autre, a un droit définitivement acquis par son acceptation ou par l'ouverture de la succession; s'il meurt avant l'époque où il doit recueillir, ses héritiers seront appelés à le faire

¹ De l'usufruit, n° 443; voy. Merlin, *Quest.*, v° *Subst. fidéicommiss.*, § 6; Toullier, t. V, n° 22; Delvincourt, t. II, p. 390.

² Colmar, 8 août 1819 et 25 août 1824; Paris, 3 mars 1820.

comme il l'eût fait lui-même, à moins que le contraire n'ait été stipulé ou ne résulte de la donation ou du testament.

1591. — Aucune difficulté sérieuse ne saurait naître si l'époque de la restitution a été déterminée. Que faut-il décider lorsqu'elle ne l'a pas été? Faut-il dire que la restitution doit être immédiatement opérée, ou bien qu'elle ne doit se réaliser qu'à la mort du grevé?

Duranton distingue. Dans les dispositions permises même comme substitutions, dit-il, comme celles en faveur des petits-enfants ou des neveux, les expressions indéterminées : *à la charge de rendre*, doivent s'entendre de la charge de rendre à la mort du grevé.

Dans le cas, au contraire, où la substitution ne serait pas autorisée, il faut entendre la charge indéterminée de rendre, de l'obligation de rendre tout de suite; l'entendre autrement, c'est anéantir la disposition. On ne doit pas supposer que le disposant ait voulu violer la loi, et, dans le doute, il est plus raisonnable d'entendre une clause ambiguë de manière à lui donner un effet utile : *Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant*¹.

Cette doctrine, enseignée par la généralité des auteurs, doit être suivie, mais elle peut être singulièrement modifiée par les termes de l'acte et par l'ensemble de ses clauses. Or, la première règle d'interprétation, c'est de consulter les uns, de rapprocher les autres, et si de cet examen résultait pour le juge la conviction que la charge de rendre a été réellement subordonnée au décès du grevé, l'invalidité de la disposition en serait une juste, une légitime conséquence.

1592. — Au reste, ce n'est pas seulement dans ce cas que le doute doit se résoudre en faveur de l'acte. Cette règle s'applique à toute la matière des substitutions.

Ainsi la disposition, conçue dans des termes qui s'appliquent aussi bien au cas où le premier gratifié viendrait à décéder avant le disposant qu'à celui où il mourrait après lui, et qui peut, dès lors, s'entendre d'une substitution vulgaire aussi bien que d'une substitution fidéicommissaire, doit être admise dans le sens de la première. C'est ainsi qu'on devrait interpréter la clause suivante : J'institue un tel, à qui je substitue tel autre; ou bien encore celle-ci : J'institue Pierre et, en cas de décès ou après sa mort, je mets Paul à sa place.

Ainsi, lorsque les termes d'une disposition, attaquée pour cause de substitution prohibée, peuvent être envisagés comme n'exprimant qu'un droit d'accroissement entre colégataires, ils doivent de préférence être admis dans ce sens, encore que dans l'espèce l'accroissement se fût réalisé par la seule force de la loi. On doit plutôt admettre l'existence d'une clause superflue et inutile que d'en consacrer une qui viendrait l'institution. C'est ce que la cour de Caen décidait le 28 janvier 1807, et son arrêt, déferé à la cour de cassation, fut déclaré conforme à la loi².

Ainsi encore lorsque la disposition faite au profit de plusieurs personnes successivement, et en cas de survie des unes aux autres, peut se résoudre en simple disposition conditionnelle, on doit l'interpréter dans ce sens plutôt que dans celui d'une substitution prohibée. Telle serait celle par laquelle un époux aurait fait un legs à son conjoint pour le cas où leurs enfants mourraient avant celui-ci, celle par laquelle on léguaient la pleine propriété à une personne pour le cas où elle survivrait à un tiers gratifié de l'usufruit; celle qui renfermerait un legs en faveur d'une personne, sous la condition qu'elle se mariera, avec la clause que si elle ne se marie pas le legs sera recueilli par un tiers³.

Ainsi enfin, lorsque les termes d'une disposition faite au profit de plusieurs personnes, appelées les unes après les autres, laissent quelque doute sur le point de savoir si le disposant a entendu gratifier le premier légataire de la propriété des biens légués, ou si, au contraire, il n'a voulu lui en donner que l'usufruit, on doit de préférence se prononcer pour celui-ci⁴.

1593. — L'appel *ordine successivo* de plusieurs institués ne constituerait pas la substitution prohibée, si chacun d'eux n'était tenu de rendre que ce qui se trouverait encore en ses mains à l'époque de son décès. Une pareille disposition manquerait de la condition essentielle à la substitution, à savoir : l'obligation de conserver et de rendre, le grevé étant, au contraire, libre d'aliéner à son gré.

1594. — Il n'en était pas ainsi en droit romain. La substitution de *residuo* ou de *eo quod supererit* était un véritable fidéicommiss tacite. L'obligation de conserver et de rendre, non inscrite dans l'acte, était suppléée par la loi. Ainsi le grevé ne pouvait aliéner que dans une

¹ T. VIII, n^o 89.

² Cass., 26 juillet 1808.

³ Paris, 23 juin 1825; Colmar, 23 août 1825; Poitiers,

29 juillet 1830; cass., 20 décembre 1831 et 17 juin 1835.

⁴ Cass., 20 novembre 1837 et 30 janvier 1840; Sirey, 37, 1, 968, 40, 1, 565.

certaine mesure. La part dont il lui était permis de disposer dut d'abord être déterminée *arbitrio boni viri*. Plus tard, Justinien la réduisit aux trois quarts, le quart restant étant de plein droit acquis au substitué¹.

Cette législation ayant été abrogée par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an 11, toutes ces restrictions ont complètement disparu. La substitution de *eo quod supererit* n'a plus été depuis un obstacle à ce que le grevé se livrât à l'aliénation intégrale des biens, de telle sorte qu'il n'est pas tenu de conserver, pas même, en quelque sorte, de rendre, puisqu'il ne restituera en définitive que ce qu'il n'aura pas aliéné.

Aujourd'hui donc une pareille substitution ne réunit aucune des conditions exigées par l'article 896; elle ne saurait donc être atteinte par sa disposition, ni entraîner l'annulation de l'institution principale.

1595. — Mais doit-elle sortir à effet pour les biens non aliénés par le grevé? Ces biens pourrout-ils être recueillis par le substitué?

1596. — Non, dit Rolland de Villargues; en effet, pourquoi cette substitution ne doit-elle pas être regardée comme prohibée? C'est parce qu'elle forme une disposition non obligatoire, une disposition nulle.

Or, à quel titre le tiers substitué pourrait-il réclamer les biens que le grevé n'aurait pas aliénés? Ce ne pourrait être qu'en vertu de cette disposition nulle; or ce qui est nul ne peut produire d'effet: *Quod nullum est, nullum producit effectum*². C'est dans ce sens qu'a été rendu par la cour de Paris un arrêt du 20 janvier 1808.

Cette conclusion est d'autant plus contestable que les prémisses dont elle découle ne sont nullement vraies. La disposition de *eo quod supererit* ne constitue pas la substitution fidéicommissaire dont s'occupe l'article 896, elle ne peut donc être atteinte par sa prohibition. Dès l'instant que cette prohibition ne s'applique qu'à la substitution fidéicommissaire, tout ce qui n'est pas celle-ci reste de plein droit hors de ses atteintes.

Donc, et par cela même, l'institution de *eo quod supererit* n'est pas annulée par l'article 896. Où est donc la disposition de la loi qui la déclare telle? S'il n'en existe aucune, comment pourrait-on admettre une invalidité que rien ne prononce.

Valable à l'endroit de l'article 896, la disposi-

tion de *eo quod supererit* doit, sous un autre rapport, être reconnue telle; elle est pour l'appelé un véritable legs conditionnel. Or, loin de les proscrire, la loi autorise les legs de ce genre d'une manière formelle.

1597. — Mais, dit-on, la condition est ici purement potestative, c'est comme si le disposant avait dit: Je vous laisse mes biens, à la charge de les rendre à un tel, si vous le voulez. Or, les conditions de cette nature, la loi refuse expressément de les admettre.

Merlin repousse avec raison cet argument. Ici, dit-il, ce n'est pas la pure volonté de l'héritier institué qui forme la condition du fidéicommiss, c'est le défaut d'exercice de la faculté d'aliéner; et ce défaut n'est pas essentiellement l'effet direct et immédiat de la volonté de l'héritier institué. Il peut aussi avoir pour cause soit la minorité, soit l'interdiction de celui-ci, soit un simple manque d'occasion de réaliser les aliénations qu'il a en vue.

1598. — Cette nuance dans la condition n'était pas échappée à Thevenot d'Essaules. « Le « substituant, enseigne-t-il, peut permettre l'aliénation indéfinie. Une substitution qui contiendrait cette clause serait valable, vu qu'il y aurait obligation de rendre, dans le cas où le grevé n'aurait pas aliéné. Si in totam alienationem permisisset, dit Peregrinus, id testator abaque dubio facere potuisset, et fideicommissum eo casu operari non secuta alienatione. Autre chose serait si le substituant avait dit au grevé: Vous rendrez les biens, si vous le voulez, car alors il n'y aurait aucune obligation de vendre. Ce serait un fidéicommiss laissé à la volonté absolue du grevé, lequel serait nul³. »

1599. — Concluons donc, avec Merlin et Toullier, que le fidéicommiss de *eo quod supererit* doit avoir tout son effet; qu'il ne constitue qu'un legs conditionnel que rien ne défend; qu'en conséquence, à la mort du grevé, tous les biens non aliénés par lui seront acquis au substitué⁴. Ajoutons que pour le grevé la faculté d'aliéner est illimitée; qu'elle s'entend non seulement de la disposition à titre onéreux, mais encore de celle à titre gratuit, mais par actes entre-vifs seulement. Toute disposition testamentaire des biens grevés serait radicalement nulle.

1600. — Il en serait à plus forte raison ainsi

¹ L. 54 et 38, § 7, Dig., ad Senatus. Trebell.; Nov. 108, cap. 1^{er}.

² Traité des substitutions, n° 332.

³ Des Subst. fidéicommiss., chap. XLVIII, § 1.

⁴ Voy. Zacharie, t. V, p. 253, et autorités citées à la note 28.

de l'institution *si quid supererit*. Celle-ci avait, en droit romain, des effets plus énergiques que celle de *eo quod supererit*. Dans celle-ci, en effet, la faculté d'aliéner était bornée, tandis qu'elle demeurerait illimitée dans celle-là. Aucun doute ne saurait donc raisonnablement s'élever aujourd'hui sur sa parfaite légalité¹.

1601. — Au reste, ce que la loi repousse dans les substitutions, c'est plutôt l'ordre anormal des successions qu'elle crée que le fidéicommiss en lui-même. Celui-ci, en effet, n'a rien d'illécite lorsque, se référant à la mort du disposant, il se renferme dans le simple mandat de faire, soit immédiatement, soit dans un temps déterminé, et que le disposant aurait pu faire lui-même d'une manière directe, et dont il a été empêché par des raisons légitimes. Nous en avons vu un exemple en parlant des institutions conditionnelles. Nous allons en trouver un bien plus décisif dans l'institution fiduciaire.

Celle-ci, en effet, n'est pas même une institution. Elle ne constitue en réalité qu'un dépôt entre les mains du grevé; elle ne lui donne que le droit d'administrer la succession, en attendant l'époque où il devra la restituer; elle ne confère aucune saisine, si ce n'est en faveur du véritable, du seul héritier qui est l'appelé².

De là il suit que le grevé, n'ayant aucun des émoluments de la succession, n'a également aucune de ses charges. Ainsi ses frais d'administration devront lui être remboursés, tout comme il devra lui-même restituer les fruits qu'il a perçus, à moins qu'il n'en ait été dispensé, en tout ou en partie, par le testament.

1602. — Remarquons, en effet, que la simple fiducie n'exclut pas la disposition d'une partie ou d'un objet de la succession, soit en fruits, soit en fonds, en faveur du grevé. Zachariæ observe avec raison qu'une pareille disposition, étant incompatible avec l'institution générale, est indicative plutôt qu'exclusive de la fiducie. C'est ce qu'enseignait également notre ancienne jurisprudence. Une forte présomption de la fiducie, dit Montvalon, c'est quand, après la fin de l'administration, le testateur fait un legs à sa femme d'aucunes choses de la succession³. Il est évident, en effet, qu'on ne ferait pas un legs particulier à celui qu'on aurait voulu saisir de toute la succession.

1603. — Enfin, une des conséquences les plus importantes de la simple fiducie, c'est

qu'elle n'est pas éteinte par le décès, avant l'époque de la restitution, de celui qui est appelé à en recueillir le bénéfice. Ce bénéfice passe de plein droit sur la tête de ses héritiers légitimes⁴.

C'est surtout en vue de ce dernier effet que, sous l'empire des législations permettant les substitutions, la question de savoir s'il y avait simple fiducie avait une véritable, une réelle importance. Aussi les jurisconsultes s'en étaient-ils vivement préoccupés, en cherchant à déterminer à quels caractères on devait reconnaître celle-ci.

1604. — Jacobus Cauerius, célèbre avocat de la province de Catalogne, qui avait, au témoignage d'Henrys, parlé de l'héritier fiduciaire plus amplement qu'aucun autre, exigeait, comme marque infaillible de la fiducie : 1° que celui à qui l'hérédité devait être rendue fut enfant du testateur, auquel il soit par conséquent présumé avoir voulu laisser ses biens plutôt qu'à la mère ou qu'à son frère; 2° que cet enfant fût en bas âge et tel que le père ait voulu le laisser plutôt sous la charge d'un ami que d'un tuteur; 3° que cet ami fût une personne proche et capable du soin que le testateur lui déferait; 4° enfin qu'il fût chargé de rendre et restituer toute l'hérédité, et que par là le testateur ait fait voir qu'il n'entendait pas que cet héritier fiduciaire se prévalût des biens qu'il lui commettait⁵.

1605. — C'était là une proposition fort contestable et fort contestée. Que la réunion de ces circonstances fit présumer la fiducie, c'est ce qu'on pouvait admettre jusqu'à un certain point; mais qu'elle dût en faire prononcer infailliblement l'existence, c'est ce qu'il n'était pas possible d'admettre en l'état du silence gardé sur l'époque de la restitution. En effet, l'institution fidéicommissaire entraîne, elle aussi, l'obligation de rendre l'entière hérédité. Aussi ne voyait-on et ne pouvait-on voir dans cette obligation une preuve de fiducie que lorsque, avec la restitution du capital, le grevé devait restituer les fruits; ou lorsque l'exécution de l'obligation de restituer avait été fixée à une époque déterminée. A défaut de l'une ou de l'autre de ces circonstances, et lorsque cette exécution ne devait se réaliser qu'à la mort, toute idée de fiducie disparaissait. C'est ce qu'avait admis le parlement de Toulouse.

Mais ce qui était bien plus contestable encore,

¹ Cass., 14 mars 1832.

² Montvalon, chap. III, t. I, p. 242; Henrys, liv. III, quest. 22 et 23, liv. V, quest. 14.

³ *Loco citato*, p. 246; Boniface, t. V, p. 244, n° 12.

⁴ Voy. l. 3, § 3, Dig., de usuris, l. 46 et 78, *Ad senatusconsultum Trebellianum*.

⁵ Henrys, liv. III, quest. 23, n° 6.

c'était de ne reconnaître la fiducie qu'en tant, par exemple, qu'il s'agissait de l'enfant du disposant. Ce que celui-ci pouvait vouloir pour ses enfants, il était dans le cas de l'exiger pour toute autre personne qu'il jugeait digne de son intérêt et de son affection. Ainsi les espèces citées par les lois 46 et 78, Digeste, *ad senatusconsultum Trebellianum*, et dans lesquelles il est décidé qu'il y a fiducie, présentent précisément cette circonstance que, dans la première, l'appelé n'avait aucune relation de parenté avec le testateur ; que dans la deuxième, il n'était que son élève.

D'autre part, la charge résultant d'une fiducie ne peut être confiée qu'à un homme sur la délicatesse, sur la loyauté duquel le testateur puisse compter. Comment donc son choix serait-il restreint à sa propre parenté, même lorsqu'il ne la croirait pas digne de sa confiance ?

1606. — Il était donc impossible, en pareille matière, de tracer une règle uniforme et absolue, et puisque, suivant Henrys lui-même, ce qu'il faut considérer dans les dispositions de cette nature, c'est plutôt l'intention que les paroles, il faut s'en référer à la règle que Montvalon rappelle en ces termes : « Que la fiducie doit se connaître par les termes du testament et la volonté présumée du testateur, surtout quand il paraît que l'institution a lieu pour conserver l'hoirie à un enfant, à un pupille ou à celui qui est en bas âge, et que le testateur a déterminé un temps préfix pour la restitution de l'hoirie et le compte des fruits, comme, par exemple, la fin de la minorité ¹.

1607. — Sous l'empire du Code, la fiducie est demeurée ce qu'elle était dans l'ancienne législation, c'est-à-dire un fait parfaitement légal et valable. L'article 896 ne saurait l'atteindre, parce que, en réalité, elle ne renferme pas la double institution qui a fait prohiber les substitutions, parce que le grevé n'est qu'un dépositaire, qu'un administrateur jusqu'au moment où, l'époque de la restitution arrivant, il se démettra entre les mains de l'appelé ; parce qu'enfin ce dernier, saisi par la mort de son auteur, a seul eu depuis ce moment la propriété et même la jouissance, puisque les fruits perçus devront lui être restitués, à moins d'une disposition contraire, formellement exprimée dans le testament.

Il est évident dès lors que les héritiers légitimes, frustrés par le testament, auront intérêt à en faire considérer la disposition comme consti-

tuant une substitution fideicommissaire, plutôt qu'une simple fiducie. Une pareille prétention amènera la nécessité d'interpréter le testament, de rechercher si l'intention du testateur a été de favoriser le grevé de préférence à l'appelé, ou bien si l'institution est spécialement et particulièrement dans l'intérêt de celui-ci. A ce point de vue, l'aperçu rétrospectif auquel nous venons de nous livrer a une incontestable utilité. En effet, les éléments de cette recherche demeurent tels qu'ils étaient dans l'ancien droit, c'est-à-dire qu'aujourd'hui comme alors les juges auront à consulter les termes du testament et les circonstances de fait propres à fixer d'une manière utile la véritable intention du disposant ².

1608. — C'est par l'application de cette règle que la jurisprudence a admis ou rejeté la fiducie dans des dispositions que les propres enfants du testateur invoquaient à ce titre. Une espèce jugée par la cour de Nîmes nous présente un notable exemple du rejet d'une prétention de ce genre.

En 1791, décès du sieur Anglas, père de quatre filles en bas âge, laissant un testament public à la date du 2 mai 1791, par lequel il légua d'abord à chacune d'elles une légitime, en les instituant ses héritières particulières. Ensuite, après avoir légué à sa femme une pension viagère, le testateur continue : « En tous et chacun ses autres biens meubles, immeubles, noms, droits, raisons, actions et hypothèques en général, en quoi que le tout consiste ou puisse consister de présent et à l'avenir, ledit testateur a fait, institué et de sa propre bouche nommé, pour son héritier universel et général, Barthélémy Anglas, son frère, à la charge par lui de rendre l'hérédité à telle de ses quatre filles qu'il jugera à propos ; et dans le cas où ledit Anglas, sondit héritier, vienne à se marier, il sera tenu de faire de suite ladite éviction et nomination, et, dans ce cas seulement, ledit testateur donne à sondit frère Barthélémy la somme de 530 fr. pour le dédommager des soins qu'il pourrait s'être donnés pour travailler et entretenir ses biens ; pour, par ledit Barthélémy Anglas, héritier, ci-dessus nommé, jouir, faire et disposer de ses biens et hérédités à plaisir et volonté, aux conditions ci-dessus, tant en la vie qu'en la mort, cassant et révoquant tous autres testaments, etc. »

En 1821, deux des filles Anglas ont prétendu que leur oncle n'avait été institué par leur père qu'à titre de fiducie et pour la forme ; que n'ayant pas usé du droit d'élection en temps utile, la succession de leur père devait être partagée entre

¹ *Loco citato*, p. 244.

² Merlin, *v° Hérit. fid.*, n° 3 ; Zachariæ, t. V, p. 246 ; Rolland de Villargues, n° 154.

ses quatre filles. Voici les moyens présentés à l'appui de cette prétention.

Dans le testament on doit rechercher quelle a été l'intention du testateur plutôt que de s'en tenir au sens littéral des termes, parce qu'il est la volonté du testateur qui fait la loi. Conséquemment, il faut, dans certains cas, convertir, en simple institution fiduciaire, l'institution d'héritier faite sous la charge de rendre. A la vérité, les lois romaines n'offrent, sur ce point, que des exemples, sans déterminer, d'une manière fixe et absolue, quelle était la réunion des conditions nécessaires pour convertir en simple fiducie l'institution grevée de substitution. Toutefois, lorsque, comme dans l'espèce, un père, ayant des enfants en bas âge, institue un proche parent des enfants, à la charge de leur rendre, ou à l'un d'eux, son héritier, la loi déclare que dans ce cas il y a fiducie, parce que l'intention du père n'a pas été de déshériter ses enfants; qu'il a seulement voulu, en instituant héritier un proche parent, créer un administrateur avec un titre honorable pour l'utilité de ses enfants; qu'ainsi les enfants eux-mêmes sont alors véritablement l'objet de la disposition du testateur; qu'eux seuls sont saisis directement de la propriété comme héritiers de leur père.

En droit, tels sont incontestablement les effets de la simple fiducie. Mais était-ce une disposition de ce genre qu'avait faite Anglas, ou bien n'était-ce pas une substitution fidéicommissaire? Telle était la véritable, la seule question que la cour avait à résoudre, et qu'elle résout dans le sens de cette dernière.

Les motifs de cette solution sont puisés dans le contexte, dans les termes du testament lui-même. L'héritier fiduciaire, dit l'arrêt, est celui que le testateur a chargé en l'instituant pour la forme d'administrer la succession, et de la tenir en dépôt jusqu'au moment de la restitution au véritable héritier; ainsi il n'est héritier que de nom; il n'est pas saisi de la succession; la propriété des biens du défunt n'a jamais reposé sur sa tête.

Or, en fait, l'arrêt constate que des termes du testament, de l'institution elle-même, des charges dont l'héritier se trouve grevé, des obligations qui lui sont imposées, résulte une première impossibilité d'admettre que le testateur n'ait entendu faire qu'une institution fiduciaire.

Attendu d'ailleurs, continue la cour, que dans l'espèce Barthélémy Anglas n'avait pas été chargé de rendre à une époque fixe et déterminée, et que le testateur lui avait conféré le droit d'élection; que l'absence d'un délai fixé pour la re-

mise de l'hérédité ainsi que la faculté d'élire étaient regardées comme des caractères exclusifs de la fiducie, d'après la jurisprudence du parlement de Toulouse, attestée par plusieurs auteurs recommandables et par plusieurs arrêts, notamment par celui du 18 avril 1751, rapporté par de Jun, et que c'est ainsi que l'a jugé la cour de cassation elle-même, par son arrêt du 18 brumaire an v, etc. ¹.

1609. — C'est à bon droit que l'arrêt signale cette double circonstance : défaut de détermination de l'époque de la restitution, faculté d'élire. Il aurait pu ajouter qu'à son tour l'exercice de cette faculté n'ayant pas été limité pouvait n'être réalisé qu'à la mort du grevé, libre dès lors de retenir sa vie durant la jouissance de l'hérédité. Les conséquences que la cour déduit de l'une et de l'autre sont parfaitement juridiques.

En effet, la fiducie suppose que l'institution actuelle de celui qu'on veut réellement instituer offre des inconvénients contre lesquels le testateur est bien aise de se précautionner dans l'intérêt de son héritier. Il est donc rationnel que la mesure, qu'il prend à cet effet, soit subordonnée à l'existence de ces inconvénients et qu'elle cesse avec les causes qui l'ont déterminée. La remise par le grevé sera donc limitée à un certain temps, à une époque fixe. C'est ainsi que, dans les espèces citées dans les lois romaines, nous trouvons l'obligation, lorsque l'héritier aura atteint sa quinzième, sa seizième, sa vingtième année ou un âge déterminé, *certam aetatem*. Alors, en effet, il sera vrai de dire que le terme stipulé est en faveur de l'héritier lui-même, condition essentielle pour qu'on puisse admettre la fiducie.

Cette condition n'existe plus dès que la faculté de rendre est illimitée, que le grevé est libre de la proroger jusqu'à sa mort. Le terme est alors en sa faveur exclusivement, c'est lui que le testateur a préféré, même à son héritier; il n'y a donc plus dès lors fiducie, mais bien une vraie substitution fidéicommissaire.

Que sera-ce, si à côté de cette circonstance, vient se placer celle du défaut de désignation d'un héritier de la part du testateur; si cette désignation a été laissée au grevé, sans même qu'aucun terme ait été apporté à la faculté d'élire? Comment, en présence de pareilles stipulations, concevoir la pensée d'une fiducie? Comment osera-t-on se présenter comme héritier préféré par le défunt, alors qu'il n'existe même pas d'héritier? En effet, tant que le grevé n'a

¹ Nîmes, 18 mai 1824; D. P., 25, 2, 24.

pas exercé son droit d'être, les enfants mêmes du testateur sont réduits à une simple espérance, aucun d'eux ne peut agir, parce qu'il n'a pas la certitude d'être préféré : *Nec petere priusquam poterit, quamdiu alius praeferri potest*. C'est pourquoi, ajoute Henrys, le fidéicommiss est d'autant plus censé conditionnel, qu'il dépend d'une élection future et incertaine, qui se peut faire de diverses personnes et dans un temps incertain ; et partant, pendant cette condition et dans l'intervalle de l'événement, l'héritier institué et chargé de rendre ne laisse d'être réputé, comme il l'est, vrai propriétaire, quoique non incommutable. Car, comme dit la loi *non ideo*, Digeste, *de rei vindicac.* : *Non ideo minus recte quid nostrum est vindicabimus, quod abire a nobis dominum speratur si conditio legale extiterit*¹.

Or, si le grevé chargé d'être est *vrai propriétaire* tant qu'il n'a pas fait élection, comment concilier la clause qui lui donne la faculté de la retarder jusqu'à sa mort, avec l'idée d'une simple fiducie ne conférant qu'un droit d'administration ? Concluons donc qu'une clause de ce genre constitue une disposition fidéicommissaire et non une fiducie.

1610. — An reste, nous le répétons, il n'y a en cette matière aucune règle absolue. Comme toutes les questions de pur fait, la recherche de l'intention du testateur doit se résoudre par les impressions que le magistrat reçoit des circonstances spéciales à chaque litige, il est bien tels et tels éléments qu'on ne doit pas négliger ; mais, sur le tout, la loi ne pouvait que s'en référer à la conscience et aux lumières des tribunaux.

1611. — Si l'existence d'une simple fiducie est reconnue, la disposition est valable. Le testament doit sortir à effet, en tant cependant que l'appelé ne serait pas déclaré par la loi incapable de recueillir.

Or la question de capacité ne saurait occasionner le moindre embarras, si l'appelé était nommément désigné dans la disposition. La connaissance de son individualité décide en même temps de sa capacité.

1612. — Aussi peut-on, sans trop de témérité, prévoir que celui qui désirera, au mépris de la loi, avantager un incapable, se gardera bien de le désigner dans le testament. C'est par une voie détournée qu'il tentera de se soustraire

à la prohibition de la loi. Le moyen le plus communément employé sera le fidéicommiss à personne interposée, tacitement chargée de rendre à l'incapable.

1613. — Si le fidéicommiss est exprès, à savoir : si le testament, contenant un legs en faveur d'une personne, charge expressément celle-ci de lui donner la destination entendue, l'interposition de personne est plus facilement appréciable. L'existence d'un incapable que le testateur a dû vouloir avantager, les relations que l'institué apparent a de tous temps entretenues avec celui-ci, sont autant de présomptions pouvant devenir plus ou moins décisives. L'interposition serait même de plein droit admise, si l'institué était, par rapport à l'incapable, dans la catégorie des personnes indiquées dans l'article 911 du Code civil.

Mais ce qui arrivera le plus ordinairement, c'est que la disposition, en faveur de l'incapable, sera déguisée sous les apparences d'une donation ou d'un legs pur et simple, le testateur se taira sur l'obligation de rendre. L'institution sera en apparence sans condition, mais l'institué, dépositaire verbal de la volonté de l'instituant, ne sera en réalité que le ministre de cette volonté ; en d'autres termes, le fidéicommiss sera tacite. Celui-ci en effet n'a pas eu d'autre but dans l'origine que le moyen de donner à des personnes que la loi déclarait incapables de recevoir, et, depuis, il n'a pas failli à cette mission de fraude.

1614. — « Comme ceux, dit Domat, qui « veulent faire des dispositions défendues inter-
« posent d'autres personnes à qui ils donnent
« pour rendre à ceux à qui ils ne peuvent don-
« ner, on appelle fidéicommiss tacites ces dispo-
« sitions secrètes qui, en apparence, regardent
« les personnes interposées et qui en effet, et
« dans le secret, sont destinées à ceux à qui la
« loi défend de donner. Ces sortes de fidéicom-
« mis sont illicites, de même que le serait une
« disposition où les personnes, à qui on ne peut
« donner, auraient été nommées². »

Le même auteur explique l'effet de ces dispositions illicites, à l'égard de la personne interposée, en ces termes : « Ceux qui prêtent leur
« nom à ces fidéicommiss tacites, soit qu'ils s'en-
« gagent par écrit ou verbalement, ou qu'en
« quelque autre manière que ce puisse être, ils
« reçoivent à dessein de rendre aux personnes
« à qui le testateur ne pouvait donner, sont con-
« sidérés par les lois comme s'ils dérobaient ce
« qu'ils peuvent recevoir d'une telle disposition,
« et, loin d'être obligés par là de remettre ce
« qu'ils pourraient avoir reçu aux personnes

¹ Liv. V, chap. III, quest. 14, n. 5.

² *Lois civ.*, liv. V, sect. III, n° 5 et suiv.; voy. Furgole, *des Test.*, chap. VI, sect. III.

« que le testateur avait regardées, ils ne contractent pas d'autres engagements que de restituer aux héritiers ce qu'ils peuvent avoir reçu à ce titre, avec les fruits et intérêts même échus avant la demande. »

1615. — Cette solution est encore aujourd'hui incontestable. Donc l'intérêt des héritiers à établir l'existence du fidéicommiss tacite est évident. Cette justification les mettra à même de contraindre la personne interposée à leur restituer tout ce qu'elle serait appelée à prendre dans la succession, ou tout ce qu'elle y aurait déjà pris, mais cette justification n'est pas chose facile. On pourrait d'autant moins se le dissimuler que si le fidéicommiss tacite peut être établi par écrit, il ne résultera souvent que d'une confidence purement verbale.

1616. — Il faut donc, en pareil cas, recourir aux principes généraux, en matière de fraude; à la loi, pour la solution de la question de savoir quel est le mode de preuve admissible. La preuve orale doit-elle être exclue? Or la solution, à notre avis, résulte de ces principes généraux et des motifs puissants sur lesquels ils reposent.

Exiger la preuve écrite pour le fidéicommiss tacite, c'était formellement renoncer à l'atteindre et permettre à la fraude de triompher impunément de la volonté du législateur. Une disposition de cette nature n'exige aucun écrit, la simple recommandation verbale la constitue légalement. Comment donc vouloir un écrit quelconque, lorsqu'il n'en a été rédigé aucun? Comment surtout ne pas admettre la preuve orale, lorsque la disposition n'aura pas elle-même d'autre caractère?

D'ailleurs, nous l'avons déjà dit, ce mode de preuve est toujours admissible, lorsqu'il s'agit d'une fraude à une loi d'ordre public. La partie complice de la fraude peut elle-même l'invoquer. Or les lois, se référant à la capacité de recevoir soit par actes entre-vifs, soit par testament, sont essentiellement d'ordre public; donc, la prétention qu'elles ont été violées est susceptible d'être établie par la preuve testimoniale.

C'est au reste ce qui a été toujours admis en doctrine et en jurisprudence, notamment en ce qui concerne les dispositions qui nous occupent. Les fidéicommiss tacites, dit Domat, peuvent se prouver non-seulement par des écrits, s'il y en avait, mais encore par les autres sortes de preu-

ves, et cette règle a été admise par les jurisconsultes modernes¹.

Plusieurs fois saisie de la question, la cour suprême l'a constamment décidée dans le même sens. C'est ce qu'elle jugeait notamment dans un arrêt du 5 août 1841. Il s'agissait, dans l'espèce de cet arrêt, d'un legs fait à une personne appartenant, en qualité de supérieure, à une communauté religieuse non autorisée, par un membre de cette communauté. On attaquait ce legs comme fait, par interposition de personne, au profit de la communauté elle-même, et on en demandait en conséquence l'annulation, comme s'adressant à un être moral sans existence légale. L'annulation ayant été prononcée par la cour de Nîmes, l'arrêt devint l'objet d'un pourvoi en cassation que la cour suprême rejeta, sur les motifs suivants :

« Attendu que l'arrêt attaqué ayant jugé en fait, tant d'après les actes, faits et documents de la cause, que d'après l'interrogatoire sur faits et articles de la demoiselle Couderc, que ce n'était pas cette dernière qui était en réalité la véritable légataire instituée par la dame Gallet, mais bien la communauté existant sans autorisation à la Louvèze, cet arrêt, en tirant ensuite la conséquence que le legs était nul et caduc, n'a fait qu'appliquer les vrais principes en matière de légataire incertain et non existant². »

1617. — Ainsi, l'existence d'un fidéicommiss tacite, en faveur d'un incapable, peut être établie par la preuve testimoniale. Mais quels sont les caractères essentiels de cette preuve? Doit-elle, pour être probante, justifier que la personne chargée de rendre eu a pris l'engagement verbalement ou par écrit? Suffit-il, au contraire, qu'elle démontre l'intention du testateur?

1618. — Cette question était, sous l'empire du droit romain et de notre ancien droit, l'objet d'une controverse parmi les jurisconsultes. Les uns exigeaient que l'institué eût pris l'engagement de rendre, et voici les motifs de leur opinion.

La loi 10, Digeste, de *his que ut indig. aufer.*, ne laisse aucun doute sur la nécessité de cet engagement : *In fraudem juris fidem accommodat, quid vel id quod relinquatur, vel aliud, tacite promittit restitutum se persona, quae legibus ex testamento capere prohibetur, siue chirographum eo nomine dederit, siue nuda pollicitatione promiserit.* La même exigence se trouve encore

¹ Domat et Furgole, *loc. citato*; voy. Rolland de Villargues, n^o 348; Toullier, t. V, n^o 77; Grenier, t. I^{er}, n^o 136; Favard, *vo* Fidéicommiss. tacite.

² J. D. P., t. II, 1844, p. 358; voyez cass., 18 mars 1818.

formellement répétée dans la loi 3, Digeste, de *jure facti*.

1619. — Ainsi, dit notamment Cujas¹, le législateur ne fait résulter l'indignité du grevé que de l'engagement qu'il prend, soit par écrit, soit verbalement, d'opérer la restitution en vue de laquelle le testateur l'a institué, et cela est fort rationnel. Qu'importe, au fond, la volonté plus ou moins certaine du disposant? Le bénéficiaire ne peut être puni que de sa propre fraude. Celle-ci ne saurait exister que si, connaissant celle du testateur, il en a assumé la complicité en s'y associant. Comment donc prouver cette complicité, si on ne justifie pas que, connaissant l'intention de ce dernier, il s'est engagé au moins verbalement à la réaliser?

1620. — La volonté d'instituer un incapable, disaient les partisans de l'opinion contraire, étant certaine et acquise, le grevé excipant du défaut d'engagement de sa part et prétendant retenir la disposition pour son compte, rencontrerait l'indignité par un double motif : d'abord parce qu'il n'aurait pas pour lui la volonté du testateur, lequel n'a en pour objet, en l'instituant, que de favoriser l'incapable. Cette absence de volonté seule est, en effet, un motif d'incapacité, aux termes de la loi 12, Digeste, de *his quæ in indig. aufer.*; ensuite, parce qu'il refuserait de remplir la charge à lui imposée par le testateur et en considération de laquelle la libéralité lui a été faite, et qui était une condition ou une cause finale qui donnerait lieu à la répétition : *Conditione causa dati, causa non secuta*. Et comme les fidéicommissaires n'ont besoin d'aucune sorte de formalité d'écriture, ni de témoins, il est indubitable que lorsque le testateur s'est confié à la bonne foi de son héritier ou de celui qu'il a chargé verbalement de rendre l'hérédité ou un effet particulier, le fidéicommissaire est valable, aux termes du paragraphe dernier aux Institutes, de *fiduicomm. hered.* et de la loi dernière au Code, de *fiduicomm.* Ainsi, les successeurs *ab intestat* prenant la place du fidéicommissaire incapable, il s'ensuit qu'ils ont le droit d'obliger le grevé à remplir le fidéicommissaire, mais en leur faveur.

1621. — Ce dernier avis, dit Furgole, me paraît plus équitable et plus conforme à nos maximes. Il n'est pas juste, en effet, qu'un héritier ou légataire profite d'une libéralité dont il n'est pas l'objet et dont il n'est que le ministre ou le moyen pour la faire passer à un autre. Il est encore moins juste qu'il tire un avantage de sa perfidie et que, contre la volonté et l'intention

du défunt, il conserve un bien qui n'était pas destiné pour lui².

Furgole ajoute : Malgré que depuis l'ordonnance de 1667 on ne puisse plus argumenter des lois dernières aux Institutes et au Code avec le même avantage qu'avant, on doit cependant tenir que le fidéicommissaire doit être annulé par la preuve seule de la volonté du testateur de substituer un incapable à celui qu'il institue. Divers arrêts l'ont ainsi jugé, notamment celui du 2 juillet 1708, décidant que, pour prouver un fidéicommissaire ou un avantage indirect entre mari et femme, il n'est pas nécessaire qu'il y ait preuve par écrit du fidéicommissaire, ni même de présomptions qu'il y ait en convention entre le testateur et le légataire; qu'il suffit qu'il y ait des présomptions violentes de l'intention du testateur.

1622. — Cette doctrine, admise sous l'empire de l'ordonnance, ne saurait être répudiée par le Code, qui n'a fait que consacrer les principes de celle-ci. Conséquemment, la preuve que la personne nommée dans la disposition n'a pas été celle que le testateur a entendu et voulu instituer; qu'elle n'y figure que comme un prête-nom, qu'en qualité d'intermédiaire chargé de transmettre à l'incapable, ferait annuler le testament. L'intention du testateur clairement démontrée, à quel titre le légataire ou l'héritier apparent demanderait-il le maintien de la disposition? Pour la faire sortir à effet en faveur de l'incapable. Mais c'est précisément ce que la loi veut expressément empêcher. Pour s'en appliquer personnellement le bénéfice? Mais il n'a été institué que pour la forme et à la condition de restituer, et du jour où, foulant aux pieds la condition, il tenterait de s'y soustraire, il ajouterait le vol à la fraude et se constituerait, dès lors, doublement indigne.

Ce qui est décisif dans les testaments, c'est l'intention qui les a dictés. Celle-ci justifiée dans le sens d'un fidéicommissaire en faveur d'un incapable, il importe peu que l'institué ait ou non un engagement pour la faire sortir à effet. Cet engagement est de plein droit présumé, par cela seul qu'il est certain que le testateur ne l'a appelé que comme personne interposée. Cela suffit, en effet, pour prouver qu'il n'a aucun droit à la chose léguée, que l'intention du disposant n'a jamais été de lui donner personnellement.

Conséquemment, l'existence de cette intention est la chose essentielle et décisive; elle peut et doit être prouvée par toute sorte de preuves : par

¹ Sur la loi 3, Dig., de probat.

² Des Test., chap. VI, sect. III, n^o 224.

documents, par l'aveu, par la correspondance, comme par témoins et par présomptions.

1623. — Il n'en est pas ainsi d'une substitution prohibée. La preuve de son existence ne peut résulter que d'un écrit ayant les caractères et les formes d'un acte de donation entre-vifs ou testamentaire. A cet égard, la doctrine est à peu près unanime. Senl, Merlin, soutient qu'il doit en être de la substitution fidéicommissaire prohibée comme du fidéicommiss en faveur de l'incapable. Mais ce n'est pas en faveur de son opinion que se prononce la jurisprudence¹.

Dans la substitution, en effet, la première institution est sérieuse. Son existence est indispensable, puisque ce n'est qu'après la jouissance de celui qui en est l'objet que l'hérédité doit être restituée. Le testament qui la renferme est donc régulier; il ne saurait, dans aucun cas, être qualifié de simulation.

Que faut-il donc, si ce testament ne renferme que cette institution, pour qu'on puisse y voir une substitution fidéicommissaire? Prouver qu'à côté d'elle existe une autre institution, un autre héritier indiqué pour en recueillir le bénéfice *ordine successorio*; en d'autres termes, justifier qu'il existe un nouvel et second testament. Or, cette justification ne peut résulter que d'un acte non-seulement écrit, mais encore revêtu de toutes les formes exigées pour les actes de dernière volonté. Donc, la preuve testimoniale est nécessairement impossible.

Dans ce cas, dira-t-on, il s'agit cependant d'une fraude à une loi d'ordre public, ni plus ni moins que dans le fidéicommiss en faveur de l'incapable. Pourquoi donc une différence aussi radicale dans le mode de preuve admissible?

Pourquoi? Parce que ce que la loi prohibe dans les substitutions fidéicommissaires, ce n'est pas, à proprement parler, la possibilité d'une transmission des mêmes biens dans un ordre successif et à des personnes désignées ou convenues d'avance; ce qu'elle a voulu proscrire surtout, ce sont les graves, les nombreux inconvénients qui naissent de l'indisponibilité des biens grevés, de la facilité qu'elles offrent à la fraude contre les tiers auxquels le grevé aurait affecté les biens ostensiblement en sa possession. Or, supposez une substitution non écrite dans le testament, et cependant fidèlement et religieusement exécutée par le grevé, est-ce que les droits acquis par les tiers sur les biens de l'hérédité du chef du grevé et pen-

dant la durée de sa jouissance pourront en être atteints? Non évidemment, car le pacte en vertu duquel la substitution s'opérerait ne pourrait pas même leur être opposé, et qu'institué par le grevé, l'héritier de celui-ci ne serait pas même recevable à soutenir qu'il tient ses droits de la disposition qui l'avait institué lui-même.

Au contraire, dans le fidéicommiss au profit de l'incapable, l'objet de la prohibition de la loi serait constamment atteint si la preuve orale n'était pas admise. D'ailleurs, il ne s'agit plus d'établir l'existence de deux dispositions distinctes; ce qu'on veut prouver, c'est qu'il n'y a pas de testament régulier, parce qu'il n'y a pas d'héritier ou de légataire sérieux, puisque celui qui y figure comme tel, n'y figure que pour couvrir une interposition frauduleuse de personne; qu'il n'est qu'un prête-nom fictif. En d'autres termes, il s'agit, dans ce cas, de l'annulation du testament comme irrégulier. Dans celui de substitution arguée, on veut établir l'existence d'un second testament, tout en respectant le premier, dont il modifie les dispositions. On comprend, dès lors, que la preuve orale, admissible dans le premier cas, ne puisse et ne doive pas l'être dans le second. Un testament oral, fût-il certain, ne saurait créer aucun droit, produire aucun effet.

1624. — Le fidéicommiss tacite n'est plus qu'une fiducie, si celui au bénéfice duquel il est réservé est capable de le recueillir; il doit donc sortir à effet. On peut faire indirectement ce qu'il est permis de faire d'une manière directe. Or, des motifs de haute convenance, l'intérêt et le repos de la famille peuvent empêcher qu'un testateur nomme publiquement telle ou telle personne qu'il croit cependant devoir avantager. Se confiant à un ami, à qui il dévoile ses intentions, il le charge de les réaliser, il n'y a là rien d'illégitime. La capacité de la personne instituée réellement créerait un obstacle même à toute demande en preuve de l'existence du fidéicommiss tacite. En effet, rapportée qu'elle fut, cette preuve ne pourrait faire annuler la disposition, et, dès lors, la demande en serait repoussée par application de la maxime *frustra probatur, quod probatum non relevat*.

1625. — Mais ce fidéicommiss peut donner naissance à une fraude d'un autre genre. L'intermédiaire chargé de son exécution, oublieux de ses devoirs et trompant la confiance dont il était indigne, pourrait vouloir profiter personnellement

¹ Zacharie, t. V, p. 270; de Villargues, n^{os} 350 et 351; Dalloz, v^o Substitution, p. 216. n^{os} 3 et 4; Limoges, 11 janvier 1841; cass., 16 mars 1842; Sirey, 41, 2, 365; et 42,

1, 627; cass., 18 juin 1835, 22 décembre 1814. *Contre*, Merlin, v^o Subst. fidéicommiss, § 14.

ment de la disposition faite en sa faveur. Celui qui se prétendrait réellement appelé à en recueillir le bénéfice serait-il recevable à prouver cette qualité et à établir l'existence du fideicommiss, même par la preuve orale ?

Cette question peut paraître délicate surtout lorsque, la disposition étant pure et simple, rien dans le testament ne prouve l'existence d'un fideicommiss. Cependant, comme après tout il ne s'agit pas de créer une disposition ; que la preuve offerte n'a pas d'autre objet que d'assurer la pleine et entière exécution de l'intention véritable du testateur, nous adopterions facilement l'affirmative, par application des principes que nous avons vus régir la preuve du fideicommiss en faveur de l'incapable.

D'ailleurs, l'abus que le légataire ou l'héritier prétend faire du testament est un véritable dol. Son existence rend la preuve orale admissible, soit en vertu de l'exception que le dol crée à tous les principes, soit en vertu de l'article 1348, qui permet d'y recourir lorsque la partie a été dans l'impossibilité de rapporter une preuve écrite.

Mais aucun doute ne pourrait s'élever sur cette admissibilité, si l'intention de ne faire qu'un fideicommiss était clairement manifestée par le testament. Alors, en effet, il y a certitude que l'héritier ou le légataire institué est tenu de restituer. Celui qui veut le contraindre à l'opérer en sa faveur est-il réellement la personne indiquée par le testateur ? Telle est l'unique difficulté à résoudre ; et comment pourrait-on le faire jamais, si on ne pouvait recourir à la preuve testimoniale pour la justification des faits susceptibles d'établir le droit contesté ?

1626. — C'est par ces considérations que la cour de Pau a déclaré cette preuve recevable dans l'hypothèse suivante :

Le vicomte de T... rédige un testament renfermant la clause qui suit : Je lègue à Roger de Vic, mon ami, 20,000 francs, payables dans dix ans du jour de mon décès, et, en attendant le paiement, l'intérêt en sera exigible à compter de mon décès, exempt de toute retenue ; voulant que Roger fasse l'emploi du présent legs tel que je lui ai indiqué et qu'il n'en soit comptable à personne, prohibant par exprès à mes héritiers et à tous autres toute réclamation à ce sujet ; et audit cas de réclamation, je veux que le legs tourne au profit dudit Roger, comme étant à lui fait personnellement, et en cas que ce dernier viat à décéder avant l'ouverture dudit legs, je veux qu'il soit réversible sur la tête de l'abbé L..., aux clauses et conditions exprimées pour ce qui concerne ledit Roger, ayant audit L...,

mon autre ami, fait la même communication d'emploi que celle que j'ai faite audit Roger.

En 1793, décès du testateur ; à cette époque Roger n'existait plus, et l'abbé L... était en émigration. La veuve du testateur, soupçonnant que le legs de 20,000 francs était sans doute destiné à une fille nommée Désirée, que son mari avait fait élever secrètement chez le sieur Roger de Vic, a fait payer à cette fille une pension égale aux intérêts du legs.

En 1806, l'abbé L... rentre en France. Il réclame, soit contre les enfants du testateur, soit contre leur mère, leur tutrice, le paiement, avec intérêts, du legs secret de l'emploi duquel il est chargé. La veuve répond qu'elle est prête d'en faire la délivrance, mais elle exige que les intérêts qu'elle a payés jusque-là à la demoiselle Désirée soient précomptés. L'abbé L... accepte cette déduction.

Cependant, et après deux ans écoulés sans qu'aucun emploi ait été donné au legs, la demoiselle Désirée, prétendant que c'est elle que le testateur a voulu gratifier, en demande le paiement à l'abbé L... qu'elle poursuit judiciairement.

Interrogé sur faits et articles, celui-ci répond : que la demoiselle Désirée est étrangère au legs de 20,000 francs ; que la mission dont l'a chargé le testateur consiste en plusieurs emplois secrets ; que le capital de 20,000 francs ne lui appartient pas ; qu'il est destiné à tout autre qu'à lui, mais qu'il n'est pas obligé de nommer la personne indiquée.

La demoiselle Désirée offre alors la preuve de faits tendant à justifier sa prétention, et le tribunal, sans s'arrêter à diverses fins de non-recevoir proposées par l'abbé L..., ordonne cette preuve. Ce jugement étant frappé d'appel, le litige est déferé à la cour de Pau ; il était sur le point d'être jugé, lorsqu'une transaction intervient, en vertu de laquelle Désirée reçoit 9,000 francs. Par suite de cette transaction, un arrêt du 24 juillet 1811 relaxe l'abbé L... des demandes formées contre lui par la demoiselle Désirée.

Huit ans après, une autre personne, Rose Hautmont, se présente comme ayant droit à la moitié du legs de 20,000 francs. A sa requête, l'abbé L... est de nouveau interrogé sur faits et articles, et à la suite de cet interrogatoire, Rose Hautmont, cotant des faits justificatifs de sa demande, offre de les prouver par témoins.

L'abbé L... qui n'avait encore fait aucun emploi du legs, suit contre la demoiselle Hautmont le système qu'il avait d'abord suivi contre la

demoiselle Désirée. En conséquence, il soutient que la demande est non recevable : 1° par application de la clause du testament, prohibant aux héritiers et à tous autres toute attaque contre sa disposition ; 2° par application des ordonnances de 1607 et 1735, exigeant que les dispositions de dernière volonté ne puissent être établies que par écrit.

Mais le tribunal de Pau repousse ces deux fins de non-recevoir et admet la preuve. Nous allons transcrire quelques-uns des motifs du jugement. Après avoir rappelé un à un tous les incidents de l'instance suivie en 1808 par la demoiselle Désirée, le tribunal continue :

« Attendu que ces faits doivent porter la justice à suspecter de plus en plus la bonne foi de l'abbé L..., si l'on se rapporte à ses réponses dans le premier interrogatoire, à savoir : que Désirée n'avait aucun droit aux 20,000 francs légués, et que s'il n'avait pas fait les emplois par lui prétendus, il en avait été empêché par elle-même ; que l'abbé L... est loin d'avoir répondu d'une manière satisfaisante à des contradictions qui ne doivent pas être sans influence sur le rejet ou l'admission des preuves, si, examinant sa conduite ultérieure, on ne voit pas en lui plus de fidélité ou d'empressement à exécuter le mandat verbal que lui donne son ami ;

« Qu'il aurait déjà, en 1808, selon sa réponse, accompli la volonté du testateur sans la demande indiscrette de la demoiselle Désirée ; interrogé, néanmoins, douze ans après, le 12 mars 1820, s'il a fait le paiement du résidu du legs, il répond qu'il doit rendre encore une grande partie de la somme ; il ne dit rien des intérêts qu'il paraît avoir tournés à son profit ; il ne prétend point en avoir fait le paiement à qui que ce soit, pas plus que du capital ; que la volonté du testateur n'est donc pas encore remplie puisqu'un seul emploi n'est pas encore fait, quoique, d'après le sieur abbé L..., la somme léguée eût pour objet plusieurs emplois divers ;

« Qu'il résulte de toutes ces circonstances et autres faits contenus dans les interrogatoires et autres pièces du procès, que l'abbé L... paraît avoir été infidèle à son mandat ; qu'il paraît n'avoir nullement exécuté les intentions ni la volonté du testateur, intention qui devait être d'autant plus sacrée pour lui, qu'elle fut entièrement confiée à sa bonne foi et à son honneur ; qu'il est donc eu présomption de fraude ; et qu'il résulte assez clairement de ce qui précède que l'exécuteur testamentaire semble vouloir faire tourner à son profit le résidu de la somme léguée, comme il fit précédemment tous ses

efforts pour priver la demoiselle Désirée d'une somme que l'événement prouva lui être légitimement due ;

« Ne peut tirer avantage de son dol ; que ces présomptions de fraude demeurant, il faut examiner en point de droit si les preuves offertes ne peuvent être admises sous ce rapport ;

« Qu'il ne saurait y avoir le plus léger doute à cet égard, parce que, toujours, la prohibition des preuves orales disparaît, lorsqu'on allègue le dol et la fraude, et que des présomptions suffisantes paraissent les établir. »

Examinant ensuite l'objection tirée des termes de l'ordonnance de 1735 et de l'article 1341 du Code civil, le jugement déclare qu'on ne doit pas s'y arrêter, attendu que la preuve offerte n'a pas pour objet de prouver contre le titre ; qu'elle ne tend qu'à justifier la destination affectée au legs par le testateur lui-même, affectation dont la demanderesse n'avait pas été à même de se procurer une preuve écrite, ce qui la placerait dans le cas d'exception prévu par la loi.

L'abbé L... se pourvut par appel contre ce jugement ; mais vainement. La cour de Pau le confirma avec adoption des motifs ¹.

1627. — L'arrêtiste indique, comme professant une doctrine contraire, un arrêt de la cour de cassation du 28 décembre 1818. Mais il suffit de jeter un coup d'œil sur l'espèce de cet arrêt pour être convaincu qu'il ne saurait de près ni de loin infirmer celui que nous venons d'indiquer. En effet, la question soumise à la cour suprême était celle de savoir si les contradictions entre les dispositions testamentaires, si leur ambiguïté, peuvent être expliquées ou dissipées par la preuve testimoniale. La cour consacra la négative : Attendu que s'il se rencontre dans le testament des dispositions soit obscures, soit ambiguës, soit contradictoires et inconciliables, il appartient aux tribunaux d'interpréter les premières ou de déclarer les dernières nulles et comme non écrites ; mais que, soit qu'il y ait lieu à interprétation, soit qu'il faille déclarer nulles les dispositions qui se détruisent respectivement, l'un et l'autre de ces cas sont dans les attributions exclusives des juges saisis de la contestation ; que c'est dans l'acte lui-même, d'après leurs lumières et leur conscience, qu'ils doivent puiser les raisons de décider, et non dans la déposition de témoins, même sous le prétexte d'un commencement de preuve par écrit ; qu'en effet depuis l'ordonnance de 1735, dont les principes ont

¹ 17 juillet 1822.

cupons-nous de cette hypothèse que pour indiquer les précautions que l'acquéreur doit prendre pour échapper aux effets d'une renonciation n'ayant pas d'autre objet que de lui enlever les droits qu'il a acquis et payés.

Ces précautions sont indiquées par la nature des choses. L'acte d'acquisition doit être authentique ou tout au moins avoir une date certaine avant la renonciation. Il faut de plus, et par rapport aux tiers, qu'il ait été accompagné des formalités auxquelles sont soumises les aliénations immobilières.

A défaut d'un titre authentique ou ayant date certaine, la consolidation de l'usufruit sur la tête du nu propriétaire serait la conséquence inévitable de la renonciation de l'usufruitier. Le titre informe dont l'acquéreur se prévaudrait ne saurait être un obstacle à ce résultat avec d'autant plus de fondements qu'en lui accordant un effet contraire, on s'exposerait à consacrer une fraude. L'usufruitier qui aurait regret à la renonciation n'aurait qu'à simuler une vente qu'il daterait d'une époque antérieure à cette renonciation, et se ménagerait ainsi le moyen de recouvrer ce qu'il avait définitivement aliéné.

A défaut de transcription, les inscriptions prises postérieurement à la vente grèveraient utilement l'usufruit, pour dettes antérieures, si cette vente était authentique ou si elle avait acquis date certaine; pour dettes mêmes postérieures, si la date de l'acte n'avait ni authenticité ni certitude.

1633. — L'usufruit, pouvant être vendu, peut également être engagé. Il est également certain que, dans ce dernier cas, les droits du créancier seraient sur la même ligne que ceux de l'acquéreur. Toute renonciation ultérieure resterait sans effet et de nulle valeur tant que l'antichrésiste n'aurait pas été intégralement remboursé de ce qui lui est dû.

1634. — Ce qui ne peut être fait au mépris des droits de l'acquéreur ou de l'antichrésiste ne saurait l'être au préjudice des créanciers hypothécaires ou cédulaires, devenus tels dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis l'acceptation de l'usufruit jusqu'au moment de la renonciation. L'affectation résultant, dans les deux premiers cas, de la convention des parties, résulte, dans le dernier, de la loi elle-même, exigeant que l'intégralité de l'actif du débiteur devienne le gage des créanciers. Comme dans toutes les autres circonstances, l'action paulienne est, dans notre hypothèse, introduite surtout dans l'intérêt des chirographaires. Ce n'est, en effet, que par son exercice qu'ils pourraient obtenir leur paiement,

tandis que les créanciers hypothécaires sont dans le cas de trouver dans leur qualité même le moyen de se passer de son secours.

1635. — Dans la poursuite de l'action révocatoire, il convient de s'attacher d'abord au caractère de la renonciation. Ses effets varient selon qu'elle a été faite à titre gratuit ou à titre onéreux.

La première, constituant une pure libéralité, est, en vertu des principes généraux que nous avons déjà rappelés, de plein droit présumée frauduleuse, non-seulement contre son auteur, mais encore contre le tiers appelé à en recueillir le bénéfice. Elle doit donc être annulée, quelle que soit la bonne foi de ce dernier.

La seconde, au contraire, est une véritable vente, un rachat de la jouissance à prix d'argent. Elle ne pourrait donc être annulée, alors même que la preuve de la fraude serait acquise contre le renonçant, que s'il était établi que le bénéficiaire a connu cette fraude et s'y est volontairement associé. Sa bonne foi ferait maintenir l'acte, car sa condition étant égale à celle des créanciers, il serait injuste de le constituer lui-même en perte pour procurer un avantage à ceux-ci.

1636. — Nous n'avons pas à revenir sur les conditions de la recevabilité de l'action révocatoire, sur les objections que son exercice peut soulever. Les principes généraux que nous avons exposés reçoivent ici leur pleine et entière exécution. Nous les résumons seulement, pour la matière spéciale qui nous occupe, dans les propositions suivantes :

1° Tant que la renonciation n'est pas convertie en contrat, les créanciers peuvent l'empêcher en exerçant les droits et actions de leur débiteur, et en se faisant autoriser à accepter en son lieu et place;

2° La renonciation consommée par les formalités légales peut être attaquée par les créanciers comme faite au préjudice de leurs droits, et être révoquée en ce qui les concerne;

3° Si la renonciation a été consentie à titre gratuit, et qu'elle ait rendu le renonçant insolvable, elle est de plein droit présumée frauduleuse à l'égard de toutes les parties, et, comme telle, annulée en faveur des créanciers;

4° Si elle a été faite à titre onéreux et que le nu propriétaire ait racheté le droit d'usufruit, les créanciers sont recevables à querreller l'acte de rachat, mais ils ne peuvent le faire annuler qu'en justifiant la collusion et la fraude de toutes les parties;

5° Si l'usufruit a été aliéné à titre de constitution dotale, son abandon ne saurait être révo-

qué que si les époux avaient connu et partagé la fraude du constituant ;

6° Enfin, si à l'époque de la renonciation l'usufruitier avait, dans ses autres ressources, le moyen de satisfaire ses créanciers, le bénéficiaire ne pourrait être privé de l'avantage qu'il en a recueilli. L'insolvabilité du débiteur n'étant que la conséquence d'événements subséquents, la renonciation conserverait son caractère, il serait impossible de la considérer comme faite au préjudice des créanciers, puisqu'en fait, au moment où elle s'accomplissait, leurs droits n'en étaient nullement atteints.

1637. — La renonciation que le père ferait à l'usufruit des biens de ses enfants peut-elle être attaquée par l'action paulienne ?

La question ne saurait être douteuse, s'il s'agissait d'un usufruit ordinaire, soit que cet usufruit ait été réservé par le père vendant ou donnant à ses enfants, soit qu'il ait été imposé comme charge d'une disposition faite en leur faveur par un parent ou un étranger. Dans l'un et l'autre cas, cet usufruit, ne devant s'éteindre qu'à la mort du père, constituerait une véritable propriété sur laquelle les créanciers ont du compter.

La renonciation du débiteur, ayant pour but de leur enlever toute garantie, se trouverait par cela même soumise à toutes les recherches que ce résultat autorise, et notamment à l'action révocatoire ouverte par l'article 622.

Mais la question devient plus délicate lorsqu'il s'agit de l'usufruit que la loi confère au père sur les biens de ses enfants mineurs. Il est certain qu'il existe entre cet usufruit et l'usufruit conventionnel des différences telles, qu'elles peuvent inspirer le doute.

Ainsi, quant à sa durée, l'usufruit légal ne s'attache pas à la personne du père ; il cesse dès que les enfants ont atteint leur dix-huitième année. Ainsi encore, comme corrélatrice au droit du père, existe pour lui l'obligation de prélever, sur cet usufruit, les sommes nécessaires pour fournir aux aliments, à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Conséquemment, si la renonciation enlève au père un droit, elle l'exonère également d'une obligation. Elle n'est donc pas consentie à titre purement gratuit. Elle participe incontestablement de la dation *in solutum* et peut, sous ce rapport, être assimilée à l'aliénation à titre onéreux.

Ce qui doit s'induire de ces caractères, c'est non pas que la renonciation à l'usufruit légal soit affranchie de l'action révocatoire, les termes généraux de l'article 622 proscrivant cette solu-

tion, mais que cette action doit être très-difficilement admise ; qu'il n'y a même lieu à présumer la fraude à l'endroit du père que si, du rapprochement du revenu qu'il abandonne et des charges qui le grèvent, il suit une disproportion tellement choquante, qu'on ne puisse expliquer cet abandon que par le désir de se soustraire aux conséquences de sa position ohérée.

Dans tous les cas, l'annulation de la renonciation ne confère aux créanciers d'autres droits que ceux que le père pourrait lui-même exercer. Conséquemment, en ce qui concerne l'usufruit légal, la jouissance par les créanciers reste soumise à l'obligation de fournir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des enfants. En regard de ceux-ci, on devrait faire déterminer, soit par le conseil de famille, soit par la justice elle-même, une somme suffisante pour remplir ce triple objet et dont le prélèvement s'opérerait sur les revenus annuels.

1638. — Nous l'avons déjà bien souvent répété, on ne peut faire indirectement ce qui ne peut pas être fait directement. Or, pour le père, émanciper ses enfants, c'est renoncer à l'usufruit légal dont la cessation se réalise par la seule force attachée à cet acte. Les créanciers ainsi frustrés pourront-ils querreller l'émancipation et en demander la révocation comme faite au préjudice de leurs droits ?

Cette question était l'objet d'une vive controverse sous l'empire de notre ancien droit. Cependant la jurisprudence du parlement de Paris l'avait résolue négativement.

Cette décision était d'autant plus remarquable, que l'opinion contraire pouvait, à cette époque, invoquer de graves et puissants motifs ; que la fraude était plus imminente, et que ses conséquences étaient de nature à occasionner un préjudice très-considérable. En effet, en vertu des principes empruntés au droit romain, indépendamment de ce que l'usufruit légal ne cessait qu'à la mort du père, celui-ci avait le droit d'émanciper ses enfants à tout âge. La cessation de l'usufruit enlevait donc aux créanciers des ressources certaines, dont la perte était de nature à rendre leur paiement impossible.

Il n'en est plus ainsi aujourd'hui : d'une part, l'usufruit légal du père est éteint par cela seul que les enfants sont parvenus à leur dix-huitième année ; de l'autre, il ne peut y avoir d'émancipation que lorsqu'ils ont quinze ans révolus, c'est-à-dire à une époque tellement rapprochée de celle de la cessation forcée de l'usufruit, que son abandon perd nécessairement beaucoup de son importance et de sa nocuité.

On doit donc, par une supériorité de raisons incontestable, résoudre encore la question dans le sens que le parlement de Paris avait consacré, ce qui est d'ailleurs indiqué par la nature de l'acte, autant que par les conséquences anormales qu'entraînerait le système contraire.

Le droit d'émanciper est un des attributs de la puissance paternelle. Celle-ci ne cesse pas d'être l'apanage exclusif et personnel du père, sans que les créanciers puissent jamais s'immiscer dans l'exercice qu'il jugera à propos d'en faire. La faveur que méritaient ces derniers s'arrête devant l'intérêt de la famille et l'inviolabilité du secret de sa position. Cette inviolabilité ne serait plus qu'un vain mot, si les motifs qui ont déterminé l'émancipation devaient être exposés aux créanciers et pourraient être discutés par eux. La liberté des enfants serait donc enchevêtrée par les dettes du père qui, contrairement à la volonté expresse du législateur, ne serait plus l'arbitre souverain et exclusif de la nécessité et de l'opportunité de l'émancipation.

D'ailleurs la fraude ne peut résulter d'un fait que la loi elle-même autorise. Le père émancipant ses enfants après l'âge requis ne fait qu'user d'un droit qui lui appartient, sans conditions, dont l'existence connue des créanciers a pu leur faire prévoir l'exercice. Ils ne seraient donc pas recevables à le querreller, et à prétendre ainsi se soustraire à une chance qu'ils ont sciemment et volontairement courue.

1639. — Mais cet effet de l'émancipation ne pourrait être acquis que par la réalisation de l'acte d'émancipation. A son défaut, l'usufruit a profité au père, qui ne peut, même dans le compte tutélaire, rapporter à ses enfants les fruits qu'il avait perçus avant leur dix-huitième année. Devant un pareil acte, les créanciers du père sont recevables à querreller le compte tutélaire, et à faire annuler la renonciation à l'usufruit légal qui en résulterait, alors surtout que cet acte mettrait leur débiteur dans l'impossibilité de les payer eux-mêmes. Il en serait de même si, après l'émancipation, le père prétendait tenir compte à ses enfants des fruits perçus jusque-là. Cette prétention, constituant une pure libéralité, donnerait naissance à l'action révocatoire des créanciers.

1640. — Ainsi, par rapport aux créanciers, la renonciation à l'usufruit peut devenir la matière d'une action en révocation. Qu'en est-il à l'égard des successibles? Pourraient-ils exiger, de celui d'entre eux qui a profité de cette renon-

ciation, le rapport des avantages qu'il en a retirés?

Cette difficulté est tranchée par les principes régissant les rapports entre cohéritiers. Ce que chacun d'eux est tenu de réunir à la masse, c'est le fonds reçu, c'est le capital transmis, mais jamais la jouissance réalisée durant la vie de l'auteur commun. C'est ainsi que l'article 886 déclare que les fruits et intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession.

Conséquemment, si l'auteur commun abandonnait la jouissance de tous ses biens à un de ses successibles, celui-ci ferait incontestablement les fruits siens tant que la succession ne serait pas ouverte. Ce qui est licite pour cette universalité ne saurait pas ne pas l'être pour l'avantage restreint résultant de la renonciation à l'usufruit sur les biens du successible lui-même. C'est, au reste, ce qui était formellement consacré par l'ancien droit¹.

1641. — Le legs ou le don d'un usufruit est de nature à créer des fraudes, soit contre l'usufruitier, soit contre le nu propriétaire, soit contre les créanciers réciproques. Nous allons nous en occuper dans le paragraphe suivant².

§ III.

Des donations.

SOMMAIRE.

1642. — Origine et caractère de la donation.
 1643. — Nécessité qu'elle procède d'un consentement réfléchi et libre. — Conséquences.
 1644. — Motifs des restrictions apportées au droit de donner. — Incapacités qui en naissent.
 1645. — Liberté illimitée qu'ont les époux de se donner par contrat de mariage. — Causes qui l'ont fait admettre.
 1646. — Première exception à cette règle. — Droit des créanciers.
 1647. — Deuxième exception. — Droit des enfants issus d'un précédent mariage. — Ses fondements.
 1648. — Troisième exception. — Droit des ascendants.
 1649. — Suspicion qui s'attache aux donations entre époux faites pendant la durée du mariage.
 1650. — Doctrine du droit romain et de notre ancienne jurisprudence.
 1651. — Révocation absolue consacrée par le Code.
 1652. — Peut être exécutée par la femme, sans autorisation de son mari ou de la justice.
 1653. — Sont-elles révoquées par survenance d'enfants?
 1654. — Formes du *facto* révocatoire. — Dissentiment avec Duvergier sur l'effet de l'article 2 de la loi du 21 juin 1813.
 1655. — Vritable caractère de la donation entre époux faite pendant le mariage. — Doctrine et jurisprudence.
 1656. — Prohibition de tout don mutuel et réciproque.

¹ L. 6, § 2, Cod., de bonis quæ liberis.

² *Infra*, nos 1706 et suiv.

1657. — Y a-t-il don mutuel et réciproque lorsque les époux vendant un immeuble de la communauté en laissent le prix à rente viagère, qu'ils déclarent réversible, en tout ou en partie, sur lo survivant?
1658. — La donation indirecte n'est valable que si elle se renferme dans les limites des articles 1094 et 1098. — Caractères de ces deux dispositions.
1659. — La vente ne peut pas être d'un grand secours pour les héritiers.
1660. — Scus de la reconnaissance d'une dot fictive on de la quittance de celle non reçue.
1661. — De la fausse évaluation donnée au mobilier des époux.
1662. — De la dissimulation du prix des propres aliénés.
1663. — Il y a donation indirecte dans l'adoption du régime de la communauté, en cas d'incapacité dans l'apport respectif.
1664. — Effets de cette adoption, soit légale soit conventionnelle, vis-à-vis des enfants d'un premier lit.
1665. — La réduction ne s'opère que sur le capital. — Les revenus tombent en communauté.
1666. — Faculté qu'ont les époux de se faire des donations déguisées ou par personne interposée. — Cas dans lesquels cette interposition est présumée de droit.
1667. — C'est par l'état des choses au moment de la donation que la question d'interposition doit être appréciée.
1668. — Les ascendants sont-ils compris dans la catégorie des personnes présumées interposées?
1669. — Faculté de prouver, dans tous les cas, l'interposition de personne.
1670. — Effet de la donation résultant d'une fidéicommissaire tacite.
1671. — Résumé.
1672. — Reproché adressé à l'article 1094, à propos de la réserve des ascendants.
1673. — La quotité disponible ne se détermine qu'à la mort du donateur. — Toute action en nullité ou en réduction est donc irrecevable pendant sa vie.
1674. — Arrêt de la cour de Grenoble soumettant au prétendu donataire à donner caution sur la demande des enfants.
1675. — L'époux donateur n'est pas admissible à quereller la donation de simulation.
1676. — La donation indirecte, faite au mépris de l'article 1099, est réductible.
1677. — La donation déguisée ou faite par personne interposée est nulle. — Controverse à ce sujet.
1678. — Motifs donnés, à l'appui de l'opinion contraire, par Duranton, Vazeilles et autres juriconsultes.
1679. — Réponse de Merlin, Grenier, Toullier et Delvincourt.
1680. — L'opinion consacrant la nullité absolue est plus conforme au texte et à l'esprit de la loi.
1681. — Jurisprudence conforme de la cour de cassation.
1682. — Arrêts contraires des cours de Paris et de Bourges.
1683. — Conclusion.
1684. — Renvoi pour ce qui concerne les incapacités édictées par l'article 909.
1685. — Origine de la réserve légale des descendants et ascendants.
1686. — Qualité de cette dernière.
1687. — Comment se calcule celle des enfants. — Faculté de disposer de l'excédant. — Exception pour le mineur.
1688. — L'indisponibilité de la réserve des articles 913

et 915 n'est pas moins absolue que celle des articles 1091 et 1098.

1689. — Droit des enfants d'attaquer la renonciation faite à une communauté ou à ses legs constituant une donation indirecte. — Différence dans la nature et les effets de l'action et de celle accordée aux créanciers.
1690. — Peut-on cumuler les quotités disponibles des articles 913 et 1091.
1691. — Conséquences de l'indisponibilité à l'endroit des donations indirectes. — Actes pouvant les constituer.
1692. — Présomption qui s'attache aux ventes faites à un successible direct à rente viagère, à fonds perdu ou sous réserve d'usufruit.
1693. — Exception que l'article 915 introduit à la règle qu'on ne peut traiter sur succession future. — Dangers qu'elle présente.
1694. — La présomption de libéralité n'existerait pas si la vente à fonds perdu ou sous réserve d'usufruit a été faite à un collatéral.
1695. — L'action en réduction ou en nullité appartenant aux réservataires peut être exercée par leurs créanciers, mais non par les légataires.
1696. — Excepté pour les libéralités faites aux enfants naturels ou incestueux.
1697. — Nature du droit que les uns et les autres sont appelés à exercer dans les successions.
1698. — Fraudes dont la donation régulière, sous le rapport de la capacité des parties, peut être l'occasion.
1699. — Supposition de mort. — Ses conséquences.
1700. — Légitimation, par mariage subséquent, de l'enfant d'autrui.
1701. — Peut-elle être contestée? Négative soutenue par Chardon. — Réfutation.
1702. — Arrêt de Bordeaux pour l'affirmative.
1703. — La survenance d'enfants peut être le résultat de l'adultère personnel de la femme ou concerté entre les époux. — Effets.
1704. — La faculté d'aliéner les biens qu'il s'est réservés peut devenir, pour le donateur, un moyen de diminuer l'émolument de la donation.
1705. — Droit du donataire de contester la sincérité des aliénations.
1706. — Fraude résultant de l'abus de jouissance, lorsque le donateur s'est réservé l'usufruit.
1707. — La négligence mise à la conservation du fonds est assimilée aux dégradations.
1708. — Caractère que cette négligence pourrait prendre à l'endroit des créanciers de l'usufruitier. — Droit de ceux-ci d'intervenir dans les contestations. — Objet de cette intervention.
1709. — Fraude constituée par la violation de l'article 914. — Conséquences.
1710. — Le préjudice éprouvé par le nu propriétaire motive soit la perte absolue de l'usufruit, soit la conversion en une prestation annuelle.
1711. — C'est cette conversion qu'on devrait prononcer dans tous les cas, lorsque l'usufruit n'a pas été constitué à titre purement gratuit.
1712. — Les règles régissant l'usufruitier s'appliquent au père ayant l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs.
1713. — L'abandon ou la destitution de la tutelle entraîne-t-il la perte de l'usufruit légal?
1714. — Fraude résultant de l'aliénation postérieure à la donation.
1715. — Son importance et ses effets dans les donations autorisées par les articles 1082, 1084 et 1086 du Code civil.
- 1715 bis. — Peut-on valablement déroger à l'article 1083

et convenir que le donateur s'interdit le droit d'aliéner à titre onéreux.

1716. — Obligation pour le ou propriétaire d'exécuter les baux loyalement consentis par l'usufruitier.

1717. — Droits des héritiers et des créanciers du donataire, en cas de fraude du donateur.

1718. — Droits de ces derniers, dans l'hypothèse d'une fraude concertée contre eux par le donateur et le donataire.

1719. — La fraude du donataire contre le donateur se résume dans l'inexécution ou l'ingratitude. — Intérêt du premier à l'éviter.

1720. — Dangers en résultant pour ses créanciers.

1721. — Effets, par rapport à ceux-ci, de la révocation pour cause d'inexécution des conditions.

1722. — Droit que la loi leur confère de l'empêcher, en s'obligeant ou se garantissant l'exécution. — Nature de leur obligation.

1723. — La révocation pour ingratitude ne saurait être empêchée par les créanciers. — Effet de celle-ci. — Conséquences.

1724. — Faits qui la constituent.

1725. — Nécessité de la réunion de la matérialité et de la culpabilité.

1726. — Quels sont les délits prévus par l'article 957 ?

1727. — L'article 953 n'exige pas, comme l'article 737, le fait pour l'héritier que le donataire ait été condamné.

1728. — Caractère que doivent offrir les sévices et injures.

1729. — Gravité du refus d'aliments, éléments de son appréciation.

1730. — Conséquences de la règle que la révocation n'est dans aucun cas de plein droit acquise.

1731. — Délai dans lequel l'action en révocation doit être intentée. — Passe-t-elle aux héritiers du donateur ?

1732. — Les créanciers du donateur peuvent-ils la poursuivre ?

1733. — Les donations par contrat de mariage sont révocables pour cause d'inexécution. — Exception à la règle qu'elles en sont pas révoquées pour ingratitude.

1734. — Les donations renfermant une substitution prohibée sont nulles.

1642. — Nous avons dit, en parlant des testaments, que la faculté de répartir soi-même sa fortune est un des attributs les plus précieux du droit de propriété, celui qui se recommande le plus hautement aux yeux de la morale et de la justice.

Quoi de plus juste, en effet, que de punir l'ingratitude et l'inconduite ? Quoi de plus moral que de vouloir s'attacher par des bienfaits celui qui n'a jamais cessé d'en être digne, reconnaître ceux qu'on a reçus, récompenser les services importants qui nous ont été rendus ? On comprend que la faculté de se livrer à de pareils sentiments ait été, de tout temps, l'objet d'une jalouse sollicitude de la part des citoyens, d'une faveur marquée de la part des législations qui se sont succédées.

La donation entre vifs est l'expression la plus élevée de cette faculté. Le donateur y préfère les

intérêts du donataire à son intérêt propre, puisqu'il se dépouille immédiatement en sa faveur. C'est surtout dans ce résultat qu'il faut chercher les motifs des règles que la loi a tracées à la donation. En effet, donner ce qu'on possède est une conséquence si directe, si immédiate du droit de propriété, qu'on ne comprendrait pas que le législateur ait pu se croire autorisé à imposer à cette faculté des restrictions, des conditions quelconques.

1643. — Mais le dépouillement actuel et irrévocable, qui en est la conséquence, exigeait que son exercice fût, plus qu'aucune des transactions de la vie commune, le résultat d'un consentement réfléchi, éclairé et libre. Céder à un entraînement puisé dans les meilleurs sentiments, obéir à une pensée de générosité exagérée, à une affection aveugle, pouvait avoir pour le donateur les conséquences les plus fâcheuses, celle entre autres de se ménager un avenir de misère, de regrets et de remords. Prévenir autant que possible ce douloureux résultat, était, pour le législateur, un véritable devoir social. Ce n'était pas tout, en effet, de s'écrier, avec la sagesse éternelle : *Audite me, magnates, et omnes populi ! filio, mulieri, fratri et amico, non des potestatem super te in vita tua, et non dederis alius possessionem tuam, ne forte poeniteat te. In die consummationis dierum vita tua, et in tempore exitus tui, distribue hereditatem tuam*¹. Il fallait encore venir en aide à celui qui n'avait oublié ce prétexte que vaincu par une force matérielle ou morale, à laquelle il a volontairement ou involontairement cédé.

De là les dispositions réglant la forme des donations et les exigences à l'endroit de celles dans lesquelles l'influence du donataire a pu avoir une trop grande part. De là encore les restrictions que certaines autres ont dû recevoir.

Nous n'avons, quant aux premières, qu'à renouveler le regret déjà exprimé, que la validité de la donation, déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, annule à peu près l'effet que loi s'en était promis. A quoi bon, en effet, tracer des formes spéciales à la donation, si, par une vente même sous seing privé, on arrive à un effet plus énergique encore, en rendant la libéralité irrévocable, même dans le cas d'ingratitude ?

1644. — Les restrictions, mises au droit de donner, reconnaissent pour cause, en première ligne, l'influence certaine du donataire, son emploi probable ; l'intérêt de la famille, qu'il

¹ L'Ecclesiastique, chap. XXXIII, § 3, vers. 20.

importe de protéger non-seulement contre la haine dont elle pourrait être l'objet de la part de son chef, mais encore contre l'affection qui le porterait à vouloir enrichir un des enfants au préjudice des autres; enfin, la volonté expresse du législateur d'assurer, dans tous les cas, les règles que l'intérêt général lui a fait prescrire.

Cette triple éventualité résume toutes les espèces d'incapacités, tous les cas de nullité ou de réduction dont la donation est susceptible. Dans la première catégorie se placent celles faites entre époux ou en faveur des médecins, chirurgiens ou ministres des cultes; dans la seconde, nous rencontrons les libéralités faites au préjudice des réservataires, soit au profit d'un successeur, soit en faveur d'un étranger ou d'un parent plus éloigné; enfin, dans la troisième se rangent les dispositions concernant les enfants adultérins, incestueux ou naturels simples, et les donations faites en fraude des droits des tiers.

1645. — Avant mariage, et dans le contrat réglant leurs conventions matrimoniales, les futurs sont libres de se consentir réciproquement telles donations qu'ils jugent convenables. En fait, ces donations peuvent ne pas être entièrement libres, en ce sens que, d'une part, le consentement est forcé par la nécessité de la consommation du mariage; que, de l'autre, ce consentement n'est que le résultat d'une passion adroitement excitée et entretenue. Cependant, la célébration du mariage les rend irrévocables.

Ce qui a déterminé cette conséquence, c'est d'abord l'importance sociale du mariage. Le législateur a dû éprouver le besoin d'en favoriser l'essor dans l'intérêt de l'État. La faculté illimitée laissée aux époux de se donner réciproquement était, sans contredit, un des moyens les plus énergiques pour atteindre à ce résultat.

Ses conséquences d'ailleurs ne pouvaient présenter aucun danger sérieux. C'est surtout en faveur des descendants que la loi s'est préoccupée de l'excès dans les libéralités. Or, dans l'espèce, les enfants nés du mariage ne sauraient éprouver le moindre préjudice des donations consenties par le contrat de mariage, et cela, par la double raison que voici :

1° Les enfants issus des époux héritent également de l'un et de l'autre. Ils trouveront donc dans la succession du donataire ce qu'ils auraient trouvé dans celle du donateur, si la donation n'avait pas existé;

2° Les donations, par contrat de mariage, irrévocables sans doute, ne sont pas irréductibles. L'existence d'enfants issus du mariage, à

la mort de l'époux donateur, place la donation sous le coup de la disposition de l'article 1094.

Conséquemment la loi devrait d'autant moins hésiter à consacrer la faculté illimitée de se donner, qu'en ce qui concerne les enfants, cette faculté n'est pas dans le cas de leur occasionner le moindre préjudice. Dans tous les cas, la légitime, qui leur est réservée, doit leur arriver et leur arrive intacte.

1646. — Mais cette faculté n'existe plus lorsque son exercice aurait pour conséquence de méconnaître ou de léser des droits légalement ou conventionnellement acquis.

Ainsi la donation faite entre époux par le contrat de mariage devrait être annulée, si elle avait été consentie en fraude des droits des créanciers du donateur. Tel serait, avons-nous dit, le sort de la constitution dotale elle-même, sur la poursuite des créanciers du constituant¹. Mais il y aurait, entre celle-ci et la donation que les époux se feraient réciproquement, cette différence que cette dernière constituant une pure libéralité, son annulation serait la conséquence forcée de la fraude du donateur; il importerait peu que le donataire eût connu ou ignoré la fraude, qu'il s'en fût rendu ou non le complice. Dans tous les cas, la réclamation des créanciers triompherait, le débiteur n'a pu ni dû se montrer généreux à leurs dépens : *Nemo liberatus nisi liberatus*.

1647. — Ainsi encore, aux termes de l'article 1098, l'époux qui, ayant des enfants d'un premier lit, contracte un second ou subseqent mariage, ne peut donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant légitime, le moins prenant, sans que, dans aucun cas, les donataires puissent excéder le quart des biens.

Le fondement de cette disposition est d'une évidence extrême, il réside dans l'intérêt des enfants issus d'un précédent mariage. Ces enfants, en effet, demeurent légalement étrangers au nouvel époux, ils n'ont aucun droit à sa succession. L'acte qui ferait passer sur la tête de celui-ci une part plus ou moins notable des biens de leur père leur occasionnerait un grave préjudice, une perte incontestable.

La loi n'a pas voulu se prêter à cette spoliation, aussi déroge-t-elle dans cette circonstance, non-seulement au principe de liberté illimitée des donations contractuelles, mais encore à l'article 1094 réglant la quotité disponible entre époux. Le nouveau conjoint pourra bien avantager celui ou celle qui s'unit à son sort, mais

¹ *Id. supra*, n° 1467.

il ne pourra le faire que dans une juste et équitable proportion, il ne pourra surtout l'enrichir des dépouilles des enfants du précédent lit.

1648. — Ainsi enfin, la réserve des ascendants ne saurait recevoir aucune atteinte des donations renfermées dans le contrat de mariage. C'est ce qui s'induit non-seulement de la nature du droit quant à ce réservé aux ascendants, mais encore du texte même de l'article 1094. L'époux pourra, par contrat de mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants, ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et en outre de l'usufruit de la totalité des biens dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers. Or, aux termes de l'article 915, la quotité indisponible est de la moitié ou du quart, suivant qu'il existe ou non un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle. En conséquence, les époux ne pourraient, par contrat de mariage, violer cette indisponibilité, autrement qu'en disposant de l'usufruit.

En résumé donc, les époux jouissent de la faculté de se faire, dans leur contrat de mariage, telles donations qu'ils jugent convenables, mais cette faculté s'arrête devant les droits des tiers légalement établis par la loi, ou résultant d'une obligation ou d'un contrat.

1649. — Les libéralités entre époux, réalisées pendant le mariage, sont à juste titre suspectes, l'autorité du mari, les séductions de la femme, une affection réciproque exagérée, la crainte de troubler par un refus la paix et la tranquillité du ménage, pouvant avoir contraint ou égaré le consentement du donateur.

La vérité vraie est facilement saisie par tous et à toutes les époques. Aussi la position spéciale des époux, à l'endroit des libéralités qu'ils se font réciproquement ou particulièrement à l'un d'eux, pendant la durée du mariage, a été uniformément appréciée par les diverses législations des peuples civilisés.

1650. — Le droit romain refusait son appui à toute libéralité de ce genre. *Moribus apud nos, nous dit Ulpien, receptum est ne inter virum et uxorem donationes coterent; hoc autem receptum est ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes sed profusa erga se facilitate.*

Cette règle n'était pas une innovation du droit

moderne. Suivant Ulpien, elle avait été puisée dans ce qui s'était pratiqué jusque-là : *Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amoreu honestum solis animis testimantes, fama etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fiat*¹.

Ce qui recommandait surtout ce principe, c'est qu'en définitive, comme nous l'enseigne Pérézius, on avait à redouter d'autant plus un défaut de liberté dans le consentement du donateur, que la menace d'un divorce était de nature à le contraindre : *Præbesturque occasio divorcii, si non donat is qui possidet*².

Cependant un premier tempérament à la rigueur de ce principe avait été introduit par une constitution de Sévère et Antonin Caracalla, aux termes de laquelle la libéralité entre époux, non révoquée par le donateur, devait sortir à effet à la mort de celui-ci. Cette disposition passa dans le *Digeste*, mais, sous son empire, il n'y avait de valables que les donations qui avaient reçu toute leur exécution du vivant du donateur, mort sans les révoquer. Le conjoint n'avait aucune action contre la succession, à l'effet de faire exécuter la donation qui n'avait encore produit aucun effet, malgré que le donateur eût persisté dans sa volonté³.

Justinien abrogea cet état de choses. En effet, par la Novelle 102, il prescrivit l'exécution des donations entre mari et femme, quoiqu'elles n'eussent pas été suivies de tradition, mais à condition qu'elles n'eussent pas été révoquées. Dès ce moment, le donataire eut action contre la succession et put obtenir contre l'héritier l'exécution de la libéralité.

Cette Novelle devint la règle dans les pays de droit écrit. Ainsi, malgré que l'ordonnance de 1731 ne permit de disposer de ses biens que par donations entre-vifs ou par testament, malgré que la donation entre époux ne fût pas considérée comme constituant l'un ou l'autre, les parlements n'hésitaient pas à les valider et à en prescrire l'exécution toutes les fois que le donateur, persévérant dans sa volonté, était mort sans les révoquer.

Le droit coutumier offrait une grande diversité sur ce point de législation. Comme l'enseigne Pothier, les coutumes se divisaient en quatre classes, à savoir :

1° Celles qui défendaient toute donation et

¹ L. 1 et 3, Dig., de donat. inter vir. et uxor.

² Cod., lib. V, tit. XVI, n° 16.

³ L. 20, 25 et 32, § 2, Dig., eod. tit.

tous avantages directs ou indirects entre mari et femme, pendant le mariage, les testamentaires aussi bien que celles entre-vifs ;

2° Celles qui prohibaient les donations entre-vifs, sauf le don mutuel, à l'égard de certains biens et en certains cas, mais qui permettaient les donations testamentaires ;

3° Celles qui avaient adopté purement et simplement la doctrine du droit romain, telle qu'elle était pratiquée dans les pays de droit écrit ;

4° Enfin, celles qui permettaient à l'un des conjoints de faire à l'autre donation entre-vifs simple, au moins en certains cas et sous certaines restrictions ¹.

1651. — Les motifs sur lesquels le droit romain fondait la prohibition des libéralités entre époux, pendant le mariage, sollicitèrent vivement l'attention des auteurs de notre Code. Au même titre que le législateur romain, ils sentirent la nécessité d'empêcher que le mariage ne dégénérât en une spéculation vénale ; que l'intérêt ne transformât en une source de discussions une union où devaient régner la concorde et la paix ; ils craignirent qu'un époux trompé par les apparences d'une fausse tendresse, bientôt suivie, une fois le but atteint, de l'abandon et du mépris, assailli d'obsessions continuelles, effrayé par des menaces peut-être, ne se laissât arracher un consentement qu'il serait réduit à regretter toujours ; enfin ils pensèrent qu'on ne devait pas même tolérer que les époux, entraînés par une affection désordonnée, se dépouillassent inconsidérément.

Fallait-il, dans cette prévision, en revenir au principe rigoureux d'une prohibition absolue ? Suffisait-il d'attacher à ces libéralités un caractère de révocabilité tel que la faculté laissée aux époux de se donner ne pût, dans aucun cas, offrir pour le donateur un danger effectif et réel ?

L'article 1096 nous indique de quelle manière le législateur a résolu ces questions. La solution adoptée est sage, et ce qui le prouve, c'est que l'expérience avait amené le droit romain à la consacrer. Les époux pourront donc se donner réciproquement des témoignages de leur affection, de leur reconnaissance. Les avantages que l'un d'eux aura extorqués par la ruse, la fraude, la violence, l'ingratitude dont il payerait les bienfaits de son conjoint, pourront toujours être atteints par la faculté illimitée de révocation que la loi reconnaît au donateur.

1652. — Cette faculté dont le mari peut librement user serait devenue illusoire pour la femme, si elle n'avait pu l'exercer qu'avec l'autorisation de son mari ou, à défaut, de la justice. C'était, dans le premier cas, demander au donataire de se dépouiller lui-même ; c'était, dans le second, rendre, dans bien des cas, la révocation impossible. En effet, les causes qui ont contraint le consentement, la violence, les menaces qui ont arraché la donation, sont dans le cas d'exiger que la révocation en reste essentiellement secrète. Or, la publicité nécessaire d'une instance en autorisation rendait tout secret impossible, et ramenait dans le ménage ces obsessions, ces persécutions, ces menaces dont la femme s'est redimée par la donation, et devant lesquelles elle s'abstiendra forcément de toute rétractation ; cela était trop évident pour que la loi ne dispensât pas la femme de la nécessité d'une autorisation quelconque.

1653. — La question de savoir si la donation a été ou non révoquée, est importante pour les héritiers du donateur, pour ses créanciers postérieurs. Ceux-ci, en effet, ne pourront exécuter les biens donnés que si par cette révocation ils sont rentrés en la possession de leur débiteur. Ces intérêts faisaient un devoir au législateur de s'expliquer sur la survenance d'enfants.

On sait que, pour les donations ordinaires, cette survenance les révoque de plein droit, à tel point que la mort de l'enfant, postérieurement réalisée avant celle du donateur, ne fait pas revivre la donation. Or, pouvait-on dire, que les donations faites par contrat de mariage ne soient pas révoquées pour cause de survenance d'enfants, rien de plus naturel et de plus légitime. Les époux ne contractant leur union que dans le but de se créer une famille, l'idée de donner malgré la paternité est inséparable de l'acte réalisé par les conjoints. Aucun d'eux ne pourrait raisonnablement prétendre qu'il n'a donné que dans la prévision que le mariage resterait stérile.

Mais il n'en est pas de même pour les donations faites pendant le mariage. Alors, ce qui a pu motiver la libéralité, c'est que, marié depuis longtemps, et n'ayant plus le doux espoir de devenir père, le donateur a voulu favoriser son conjoint ; que si, contre son attente, des enfants naissent après la donation, ne serait-il pas juste, dans l'intérêt de ceux-ci, d'en anéantir les effets ?

Ces objections ne peuvent soutenir l'examen, en présence de la faculté donnée à l'époux de révoquer ses libéralités tant que le mariage ne

¹ Pothier, *Donat. entre époux*, n° 7 et suiv.

s'est pas dissous par la mort. Il peut donc, si l'existence d'enfants l'est empêché de donner à son conjoint, user de cette faculté et révoquer ses dispositions. S'il n'a pas de cette faculté, c'est qu'il persiste dans sa volonté première, c'est que son abstention constitue une libéralité nouvelle contre laquelle la fiction imaginée dans le cas de donations irrévocables ne serait plus qu'un évident mensonge.

Quant aux enfants, leur intérêt est sauvegardé par la réductibilité de la donation. Tout ce qui peut en résulter contre eux, c'est la disposition de la quotité disponible, sur laquelle leur droit est exclusivement subordonné à la volonté de leur père. Or, cette volonté résultant du défaut de révocation d'une précédente libéralité, il doit en être ce qu'il en serait de celle expressément manifestée dans un acte postérieur à leur naissance. D'ailleurs, par cela seul que la loi a admis la réduction, elle a repoussé la révocation.

Ces considérations étaient plus que suffisantes pour décider la question que nous examinons. Cependant, dans le but loable d'éviter toutes contestations, toutes difficultés, le législateur a cru devoir la trancher expressément par la négative dans l'article 1096.

1654. — La loi ne s'étant pas expliquée sur la forme des actes de révocation, on en a conclu qu'il suffit d'une révocation expresse, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé, quand même ce dernier ne serait pas entièrement écrit et daté de la main du donateur ¹.

Duvergier, dans ses notes sur la loi du 21 juin 1843, soutient que l'article 2, exigeant que les actes notariés, contenant révocation de donation, soient, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins, ne permet plus la révocation par acte sous seing privé.

Cette opinion ne paraît pas admissible. Il a toujours été admis en doctrine et en jurisprudence que la donation entre époux peut non-seulement être révoquée par une clause expresse de son testament olographe, mais encore que l'incompatibilité des dispositions de ce testament avec cette donation équivaut à révocation ².

Cet effet est d'ailleurs la conséquence directe de la nature de la donation entre époux. La révocabilité absolue qui la caractérise la rend une libéralité à cause de mort, plutôt qu'une véritable disposition entre-vifs; et il n'est pas douteux que depuis la loi de 1843, comme avant, la

révocation contenue dans un testament olographe, soit expressément, soit tacitement par incompatibilité, en détruirait tous les effets.

Donner à la loi de 1843 la conséquence qu'en tire Duvergier, c'est lui attribuer un caractère qu'elle ne comporte pas. A notre avis, cette loi ne fait qu'une seule chose, à savoir : régler la forme de la révocation notariée. Mais cela dit-il que cette révocation ne pourra être faite d'aucune autre manière? Non, bien certainement, et le texte de l'article 2 va nous en fournir la preuve irrécusable. Ce que cet article dit de la révocation de la donation, il le dit également pour celle du testament. Or, pourrait-on soutenir que le testament sous seing privé, valable en la forme, ne peut valablement révoquer un testament? Nous sommes convaincu que Duvergier lui-même ne résoudrait pas affirmativement cette question.

La loi de 1843 n'a donc rien innové sur la forme de la révocation. Elle se borne à trancher la difficulté que la présence effective du notaire en second avait fait naître. Ainsi, à l'avenir, la révocation, si elle est faite par acte notarié, ne sera valable que si l'acte a été reçu réellement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins. Mais cette forme ne devient pas obligatoire. La révocation par acte sous seing privé, reconnu, non contesté, n'en sera pas moins valable.

Nous ajoutons que l'obligation de recourir, dans tous les cas, à un notaire, est contraire à l'esprit de la loi, en matière de révocation de donation entre époux. Elle compromettrait le secret que la femme surtout a un si puissant intérêt à garder, et, dans plusieurs circonstances, l'empêcherait de faire la révocation, assurant ainsi le triomphe de la fraude, quelquefois même de la violence.

1655. — Quel est le véritable caractère de la donation entre époux? Est-elle une libéralité entre-vifs? Ne constitue-t-elle qu'une disposition testamentaire?

Cette question, qui a divisé la doctrine et la jurisprudence, nous paraît résolue par la nature même des choses. La donation entre époux n'est, à proprement parler, ni une donation, ni un testament, mais elle participe évidemment de l'une et de l'autre. Il faudra donc la régir par les principes applicables à l'une et à l'autre, dans tous les points de contact qu'elle aura avec chacun d'eux.

¹ Toullier, t. V, n^o 923.

² Amiens, 15 juillet 1822; Paris, 17 juillet 1826; Douai,

3 nov. 1836; Lyon, 25 mai 1837; cass., 9 juin 1850; Montpellier, 27 mars 1855.

Ainsi, en la forme, nous dirons avec Toullier, Grenier et Marendé que, par cela seul que les époux ont emprunté celle de la donation entre-vifs, l'acte est soumis à l'acceptation et à la transcription; qu'il ne peut être fait qu'en la forme authentique et par-devant notaire.

Nous dirons avec la cour de cassation que la condition de révocabilité n'empêche pas le donataire d'être saisi du jour de la donation; qu'en conséquence il n'a pas besoin, si la condition de non-révocation s'est réalisée, de demander la délivrance; que, de plus, l'effet de la donation non révoquée remontant au jour de l'acte, les créanciers postérieurs du donateur, quoique antérieurs au décès, ne pourront exercer aucune poursuite sur les biens qui en font l'objet ¹.

Mais du principe que la donation entre époux est toujours révocable, qu'elle est, sous ce rapport, assimilée au testament, nous tirerons les conséquences suivantes :

1° Elle est soumise aux modes de révocation tacite autorisés pour celui-ci ²;

2° Elle devient caduque par le prédécès du donataire, dont les héritiers sont dès lors sans droit à en réclamer le bénéfice.

Le contraire a cependant été jugé par la cour de Limoges, le 1^{er} février 1840. Mais cette décision, contraire à la doctrine, ne saurait être admise. On comprend que tant que le donataire est apte à recueillir, la révocation doit être expresse. Or, la faculté de la réaliser n'est pas perdue par la mort du donataire, mais à quoi bon dès lors en exiger l'exercice ³?

1656. — Déjà, et en ce qui concerne les testaments, l'article 968 avait prohibé les dispositions conjonctives, réciproques ou non. Cette prohibition constituait, non une simple loi réglementaire des formes, mais bien une loi de capacité testamentaire. Le législateur n'a pas voulu admettre qu'un pareil testament puisse être considéré comme l'expression d'une volonté certaine et déterminée.

Or, si cela est vrai pour l'institution non réciproque à l'égard des personnes entre lesquelles il n'existe que des liens de simple amitié, on ne pouvait raisonner autrement dans l'hypothèse d'une donation réciproque entre époux. Pour ceux-ci, en effet, indépendamment du motif général de l'article 968, il existe en outre celui d'un abus d'influence que le prétexte de réci-

procité donnerait l'occasion de continuer même sous les yeux du notaire.

D'ailleurs, et dans tous les cas, la réciprocité pourrait devenir un obstacle à la révocation ou soumettre son exercice à de nombreuses contestations. L'époux qui s'en trouverait atteint n'aurait pas manqué, argumentant du caractère de l'acte, de soutenir que la mutualité lui imprimait un cachet absolu d'indivisibilité; qu'en conséquence aucune atteinte ne pouvait lui être portée que du consentement de toutes les parties.

Ce qui prouve que l'article 1047 a eu surtout en vue d'échapper à l'inconvénient que nous signalons, c'est que sa disposition ne saurait atteindre les donations que les époux se feraient réciproquement par actes séparés, passés le même jour et reçus par le même notaire. Il est vrai que ce résultat a été un instant contesté; mais il ne l'est plus depuis que la cour de cassation, investie d'office et dans l'intérêt de la loi, a cassé un arrêt qui avait admis l'invalidité des deux actes ⁴.

1657. — Y a-t-il don mutuel et réciproque par un seul acte, lorsque les époux, vendant un immeuble de la communauté, en laissent le prix à rente viagère qu'ils déclarent réversible, en tout ou en partie, sur la tête de l'époux survivant?

C'est surtout l'héritier de l'époux décédé qui aura intérêt à la solution affirmative. En effet, l'époux survivant profitant exclusivement de la rente viagère, cet héritier perdra la part qu'il eût infailliblement reçue, si l'immeuble commun, si les deniers qui ont servi à constituer la rente s'étaient retrouvés dans la communauté au moment de la dissolution.

Au fond, un pareil traité constitue une véritable donation indirecte, expressément dispensée des formalités de la donation par la disposition de l'article 1975 du Code civil; il ne pourrait donc être annulé que si les époux ou l'un d'eux n'avaient pas la capacité de la consentir ou de la recevoir.

Or, nous venons de le dire, les époux, même pendant le mariage, ont toute capacité de donner et de recevoir, sauf réduction en cas d'excès. D'autre part, la femme commune a incontestablement la capacité de consentir, conjointement avec son mari, l'aliénation de l'actif de la communauté. La qualité de maître, que la loi con-

¹ Cass., 5 avril 1836; 18 avril 1838; J. D. P., t. I, 1838, p. 492.

² Amiens, 15 juillet 1822; Paris, 17 juillet 1820; Lyon, 25 mai 1827; cass., 9 juin 1830; Montpellier, 27 mars 1833; Douai, 5 novembre 1836.

³ J. D. P., t. I, 1840, p. 100; voy. Toullier, t. V, p. 918; Delvincourt, t. II, p. 114, note 3; Duranton, n° 779; Grenier, n° 434; Vazeilles, n° 9; et Coin-Delisle, n° 6.

⁴ 22 juillet 1867.

fère à celui-ci, l'autorise à se passer du concours de sa femme, mais ne lui prohibe, dans aucun cas, de réclamer ce concours lorsqu'il le croit utile.

Done la validité de l'acte ne saurait être méconnue. Régulier en la forme, il est irréprochable sous le rapport de la capacité ordinaire. Il ne pourrait donc être annulé que si, tombant sous le coup de l'article 1097, on devait le considérer comme une libéralité mutuelle et réciproque par un seul acte. Or, on ne saurait le décider ainsi par deux motifs péremptoires.

Au moment de la vente, la femme n'a aucun droit certain sur les immeubles communs que le mari peut aliéner à son gré. Si à la dissolution la femme renonce à la communauté, il en résultera ce que voici : c'est qu'en admettant que la réversibilité de la rente stipulée en sa faveur par le mari puisse être assimilée à une libéralité, elle l'a reçue à titre purement gratuit, puisqu'en échange elle n'a pu donner, elle n'a rien donné. En effet, sa renonciation rendant le mari seul propriétaire de tous les biens ayant appartenu à la communauté, il n'y a donc pas évidemment mutuel et réciprocité.

Si la femme préléguée et que ses héritiers acceptent la communauté, il est incontestable que la femme aura proportionnellement contribué de ses deniers à la constitution de la rente viagère. Mais, pour apprécier les conséquences de cet acte, il faut nécessairement se replacer à l'époque où la vente se réalisait, la rente viagère était créée. Or, à ce moment, chacun des époux stipulait plutôt dans son intérêt propre que dans celui de son conjoint. En effet, le caractère aléatoire du contrat, l'incertitude, dans laquelle on est forcément, sur le point de savoir en faveur de qui il sortira à effet, le rend en quelque sorte à titre onéreux pour l'un et pour l'autre ; il devient mutuellement intéressé, puisque les sacrifices, les avantages et les chances se balancent parfaitement, et, par cela même, il échappe à la prohibition de l'article 1097. C'est ce qu'a fort juridiquement jugé la cour de Paris, par arrêt du 25 mars 1844¹.

1658. — Du principe que les époux peuvent se donner directement pendant la durée du mariage, il résulte qu'ils peuvent le faire d'une manière indirecte, sauf les limites que la loi a posées dans les articles 1094 et 1098.

L'indisponibilité d'une partie des biens, que créent ces deux dispositions, est absolue, c'est-

à-dire que les réservataires doivent recueillir en entier la quotité que la loi a entendu leur assurer, que leur droit à cet égard ne saurait être directement ou indirectement méconnu ou violé. Cette conséquence, qui s'induisait suffisamment des termes de ces articles, se retrouve expressément écrite dans l'article 1099.

Il était facile, en effet, de prévoir que les époux, voulant s'avantager au delà de ce qui leur est permis, ne viendraient pas se heurter de front à la prohibition de la loi, ni la violer ouvertement. Ils auront donc recours à des voies détournées, ils demanderont à la simulation les moyens d'assurer les effets de la fraude. Cette prévision a conduit le législateur à régler le sort des donations indirectes, celui des libéralités déguisées ou faites par personnes interposées.

Le véritable caractère de l'acte intervenu entre les époux sera donc d'un intérêt puissant pour les héritiers agissant en vertu des articles 1091, 1098. Cet acte pourra être ou une donation indirecte, ou une donation déguisée soit par la simulation dans la nature du contrat, soit par interposition d'une tierce personne. Nous verrons bientôt l'utilité de distinguer la première de l'autre.

1659. — Les moyens d'échapper à la loi sont nombreux et il serait impossible de les prévoir tous. En première ligne, s'offre la vente, mais la disposition de l'article 1395 rend celle-ci d'un mince secours, en déterminant dans quels cas les époux pourront y recourir valablement. La simulation, ayant pour objet de se placer dans une des hypothèses prévues, serait facilement prouvée et punie.

On cherchera donc ailleurs les moyens d'échapper aux réclamations des parties intéressées, et de détourner l'attention de la justice. Nous allons indiquer quelques-uns de ceux pouvant être plus usuellement employés.

1660. — La reconnaissance d'une dot purement fictive, la quittance de celle qui a été constituée, consentie de complaisance et sans paiement réel, constitue un avantage indirect. L'une et l'autre donnent à la femme le droit de prélever, à la dissolution du mariage, jusqu'à concurrence de ce qui a été reconnu ou quittancé. En conséquence, si elle n'a rien apporté ou rien payé, ce prélèvement est l'effet d'une véritable donation simulée, au détriment des héritiers².

1661. — L'estimation du mobilier que les époux apportent en mariage ou qu'ils reçoivent

¹ J. D. P., t. I, 1844, p. 510; voy. Angers, 7 mars 1842, *ibid.*, t. II, 1842, p. 371.

² Voy. *supra*, n° 796 et suiv.

pendant sa durée par successions, donations ou autrement, peut devenir la matière d'un avantage indirect. La simulation existera soit par la valeur exagérée donnée au mobilier de l'époux avantage, soit par la diminution combinée de la valeur réelle de celui de l'époux qui avantage.

Exemple : les époux ont promis dans leur contrat de mariage d'apporter chacun une somme de 10,000 fr. dans l'actif de la communauté, se réservant comme propre celui qu'ils possèdent ou qui leur écherra plus tard ; de plus, la femme se réserve de reprendre son apport fraude et quitte. La totalité du mobilier de la femme valait 20,000 fr., mais des états signés par le mari et enfilés à plaisir ont donné à ce mobilier une valeur de 30,000 fr. : c'est évidemment un avantage fait à la femme de 30,000 fr., si elle renonce à la communauté ; de 15,000 fr., si elle accepte.

Dans la même hypothèse, si le mobilier du mari vaut 30,000 fr., et qu'on ne l'ait porté que pour 20,000, la femme, si elle accepte la communauté, recevra un avantage de 15,000 fr., car le mari ou les héritiers ne prélèveront que 20,000 fr., pour le mobilier propre, tandis qu'ils auraient prélevé 30,000 fr., si les états n'avaient pas été simulés.

Dans la même hypothèse enfin, la diminution calculée du mobilier de la femme ou l'exagération dans l'évaluation de celui du mari constituerait l'avantage indirect en faveur de ce dernier.

1662. — Un résultat analogue est atteint par la simulation dans le prix de la vente des propres d'un des époux. Si ce prix est de 50,000 fr. et qu'il ait été déclaré de 60,000 dans l'acte, l'époux propriétaire reçoit un avantage de 10,000. Il concède lui-même cet avantage, si le prix, en réalité de 60,000 fr., n'a été porté que pour 50,000.

Ajoutons que toutes les fraudes dont nous avons parlé, en examinant celles que les époux peuvent commettre l'un contre l'autre, deviendraient des avantages indirects, si elles sont concertées entre eux ¹.

1663. — L'adoption du régime de la communauté légale, dans le cas d'inégalité dans l'apport respectif des époux, constitue un incontestable avantage pour celui dont l'apport est inférieur. Dès qu'ils sont tombés en communauté, les objets personnels à chaque époux deviennent leur propriété commune. De plus, le mari, en ayant la libre et entière disposition,

pouvant les aliéner sans le concours et même contre la volonté de sa femme, peut être considéré comme en acquérant la propriété intégrale.

Quelque énorme que soit ce résultat, il ne saurait en thèse ordinaire, et vis-à-vis les héritiers légitimes de l'époux, exister aucun doute sur sa parfaite légalité. Tout le monde doit le subir, mais il n'en est plus ainsi lorsque, par l'existence des enfants d'un premier lit, un des époux se trouve placé sous le coup de la disposition de l'article 1098.

1664. — Quel sera dans cette hypothèse l'effet de la soumission au régime de la communauté légale, soit qu'elle résulte d'une convention formelle, soit qu'elle s'induisse de l'absence d'un contrat de mariage ?

Sous l'empire des anciens principes, et en présence des termes de l'édit de François II, de juillet 1650, cette question avait été résolue en ce sens : Que, quels que fussent les termes du contrat, la communauté ne pouvait légalement exister à l'encontre de l'époux déjà père par l'effet d'un précédent mariage, que pour un apport égal à celui du conjoint avec lequel il contractait. Tout ce qui dépassait cet apport n'entrait pas en communauté et demeurait propre à l'époux. Le fondement de cette règle était : *Qu'une femme, épousant un mari qui lui était inégal en biens, n'agissait pas en mère avertie et qui eût en considération les enfants de son premier mariage, lorsqu'elle ne prenait pas ses précautions pour empêcher que son second mari ne profitât de la moitié de ses biens, en stipulant que les deniers, qui lui appartenaient, lui demeureraient propres pour le tout ou en partie, à proportion de ce que le mari a de biens de son côté, comme ceux qui se conduisent avec prudence ne manquent jamais de faire en pareilles occasions ; de sorte qu'on a cru que le défaut de prévoyance de la mère devrait être en ce cas suppléé par l'autorité de l'ordonnance.*

En effet, ajoute Ricard, « quoique nos communautés soient légales, il n'arrive presque jamais que les personnes, qui possèdent quelques biens, contractent mariage sans déroger notablement à la disposition de nos coutumes. « soit en diminuant ou ajoutant à ce qu'elles ont ordonné, tellement que ces sortes de communautés ne semblent avoir été établies que pour ceux dont les biens sont si modiques, qu'ils ne méritent aucune prévoyance particulière. « Ainsi, il n'y a pas de doute que lorsqu'une veuve, qui possède des effets considérables, a passé à un second mariage, sans veiller à la conservation de ses droits, et à assurer ses

¹ J'éd. *supra*, nos 805 et suiv.

« biens à ses enfants, il est fort raisonnable que l'édit, qui a été fait à ce sujet, supplée à son défaut de prudence, puisque cette omission se trouve dégénérer en un avantage indirect dont le second mari profiterait contre la prohibition de la loi, si le remède qu'elle a introduit n'était pas appliqué en cette ren-contre ¹. »

Par une parité de raisons incontestables, ce qu'on décidait pour le mobilier tombant dans la communauté, on l'appliquait aux immeubles qui y étaient conventionnellement jetés. Ainsi la femme ne pouvait ameubler ses immeubles que dans la proportion de l'apport réalisé par le mari. L'excédant, quelles que fussent les stipulations du contrat, ne tombait pas dans la communauté et demeurerait propre à la femme ².

Il est inutile de faire remarquer que, quoique l'édit de 1560 ne disposât spécialement que pour les veuves, on l'avait sans difficulté appliqué aux deux époux. Ainsi l'apport excessif du mari, l'ameublement qu'il aurait consenti au delà des ressources de la femme étaient considérés comme des avantages indirects au préjudice des enfants du premier lit. Ceux-ci étaient donc recevables et fondés à poursuivre contre leur père tous les droits que l'édit les eût autorisés à réclamer de leur mère.

Telles étaient donc la doctrine et la règle que traçait notre ancien droit. Faut-il, sous l'empire du Code civil, suivre l'une et l'autre? se demande Merlin, et avec beaucoup de raison, selon nous, il se prononce pour l'affirmative ³. La législation actuelle n'a pas, à l'endroit des enfants du premier lit, moins de sollicitude que sa devancière. L'article 1098 fait aujourd'hui ce que l'édit faisait autrefois. Les motifs qui recommandaient celui-ci recommandent également le premier. On ne concevrait donc pas une différence quelconque dans la solution.

Il y a plus, ce qui, sous l'empire de l'édit, n'était qu'une déduction logique et juste, a acquis aujourd'hui le caractère de loi expresse. Ainsi l'article 1527, après avoir proclamé la liberté illimitée de stipulations en matière de communauté, ajoute : « Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait, dans ses effets, à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098, sera sans effets pour tout l'excédant de cette portion. »

Or, il y aurait véritablement excédant, sur-

tout lorsque la fortune de l'époux est toute mobilière, dans la clause qui, la faisant intégralement entrer dans la communauté, en conférerait la moitié au conjoint. Dès lors il y aurait lieu à réduction, soit que le résultat que nous indiquons ait été directement acquis, soit qu'on l'ait dissimulé par une des fraudes dont nous venons de parler, et notamment par une fausse évaluation du mobilier des deux époux.

La solution donnée dans l'hypothèse d'une communauté conventionnelle doit être également consacrée dans celle résultant de la loi, à défaut de contrat de mariage. S'il suffisait en effet, pour échapper aux conséquences des articles 1098 et 1527, de se marier sans contrat, l'existence de celui-ci, dans les seconds mariages, deviendrait un mythe introuvable. La fraude serait par trop facile et beaucoup trop sûre.

Conséquemment, que les époux se marient avec ou sans contrat de mariage, le résultat est identique. L'apport de celui qui convoie ne peut être supérieur à celui de son conjoint. Il doit donc, sur la poursuite des enfants du premier lit, être réduit jusqu'à concurrence, si cette proportion a été méconnue ou dépassée.

1665. — Dans tous les cas, la réduction ne s'opère que sur le capital. Les revenus que ce capital aurait produits, quelle que fût d'ailleurs l'inégalité entre les apports, seraient définitivement acquis à la communauté. Cette règle, que le droit ancien avait admise, au sentiment de Ricard et de Lebrun, est aujourd'hui consacrée expressément par l'art. 1527, et avec toute sorte de raisons. Ce qui pouvait résulter du système contraire, c'était que le second mari, voyant le peu d'intérêt qu'il devait retirer de ses économies et des revenus, ne fût tenté de les dissiper ou de les détourner, en les dissimulant. On aurait donc fait préjudice à la femme, et même aux enfants, en voulant les favoriser.

1666. — Indépendamment des avantages indirects qu'ils peuvent mutuellement se concéder, les époux peuvent tenter d'éluder la loi par des donations déguisées. A cet égard, la loi place sur la même ligne la simulation dans le caractère de l'acte et l'interposition de personnes. C'est même à celle-ci que la fraude demandera le plus usuellement le moyen de sortir à effet, les transactions entre époux étant trop facilement suspectées pour qu'on puisse se flatter de tromper les tiers intéressés et la justice.

Aux termes de l'article 1100, l'interposition

¹ Des Donat., t. I, p. 706, nos 1201 et 1202; voy. Lebrun, dist. 4, n° 10.

² Ricard, *ibidem*, n° 1200.

³ Rép., v° *Secondes noccs*, § 7, art. 2.

de personne est légalement admise et de plein droit présumée lorsque la libéralité est faite aux enfants, ou à l'un des enfants de l'époux, ou aux parents dont il est l'héritier présomptif. Les enfants réputés personnes interposées sont ceux que l'époux a eus d'un précédent mariage. Il ne pouvait en être autrement. Les enfants issus du donateur et du donataire appartiennent à l'un comme à l'autre ; ils sont, pour l'un et pour l'autre, l'objet d'une égale affection. En les favorisant, le donateur ne peut pas être censé avoir voulu favoriser son conjoint plutôt que lui-même.

Dans l'hypothèse de l'article 1100, au contraire, l'époux n'est pas présumé avoir une vive affection pour des enfants qui ne lui appartiennent pas. S'il donne à quelqu'un, c'est évidemment à son conjoint, et s'il s'adresse à un intermédiaire, c'est qu'il n'est pas libre d'en agir autrement. Cette idée se présente si naturellement, la fraude est ici tellement probable, qu'on ne pouvait en prévenir les effets que par la présomption légale consacrée par l'article 1100.

1667. — Le législateur a de plus tracé à la justice le mode d'appréciation qu'elle a à suivre dans cette matière. Pour juger la validité de la donation, il faut s'en référer à l'état des choses existant au moment où elle s'est réalisée.

Il est certes bien évident que la donation faite à l'enfant que le conjoint a eu d'un précédent mariage ne saurait être querellée de simulation, si ce conjoint avait précédé. Mais, pour produire cet effet, le décès doit être antérieur à la donation elle-même. Si, au moment où elle a été réalisée, le conjoint était vivant, la donation est considérée comme le concernant, et son décès survenu plus tard, quoique avant l'ouverture de la succession du donateur, ne modifie en rien cette présomption. La donation doit être annulée.

Il en serait de même du second cas prévu par l'article 1100. Si au moment de la donation l'époux est l'héritier présomptif du donataire, il y a présomption de fraude définitivement acquise. La donation ne pourrait être maintenue, alors même qu'au décès du donateur le conjoint eût perdu la qualité d'héritier présomptif du donataire.

1668. — L'article 911 met, au nombre des personnes réputées interposées, les ascendants de l'incapable. En sera-t-il de même dans l'hypothèse de l'article 1100? Merlin enseigne l'affirmative, que nous croyons d'autant plus juridique, que la qualité d'héritier présomptif, exigée par l'article 1100, se réalise entre les père et

mère et les enfants. Donc, si les mots sont omis, la chose existe, et cela justifie complètement l'opinion de Merlin.

Mais celui-ci va plus loin ; il soutient que la donation faite à l'aïeul de l'époux incapable, du vivant des père et mère, doit être réputée faite à celui-ci par interposition de personne. A la rigueur, sans doute, la condition exigée par l'article 1100 ne se réalise pas dans l'hypothèse ; mais le caractère d'une donation de ce genre, le but évident qu'elle se propose nous paraissent justifier la doctrine de Merlin.

1669. — Quel que soit le donataire désigné dans l'acte, l'interposition est possible et sa certitude déterminerait la révocation de la donation. Elle pourra donc, dans tous les cas, être alléguée, et cette allégation être justifiée par toutes sortes de preuves et même par témoins et par présomptions. Les héritiers sont, quant à ce, de véritables tiers, et, dès lors, on ne saurait leur refuser le droit de faire valoir tous les moyens à l'aide desquels ils prétendent prouver la fraude dont ils sont les victimes. La preuve testimoniale, celle par présomptions sont, à cet effet, d'une utilité aussi certaine que leur admission indispensable. Cette dernière peut être même plus efficace que la première ; en effet, l'exécution que la donation a reçue, la condition de la réserve d'usufruit, dans le cas contraire, le mode d'administration pratiqué, la part que l'époux indiquait comme le donataire réel y aura prise sont de nature à influencer puissamment sur la solution du litige.

1670. — La donation pourrait être faite à l'époux par un fidéicommiss tacite, mais on ne peut faire, par acte entre-vifs, ce qu'il n'est pas permis de faire par testament. En conséquence, les principes que nous avons exposés en nous occupant de celui-ci régiraient également la difficulté que cette supposition ferait naître ¹.

1671. — En résumé, rien ne prohibe aux époux de se récompenser mutuellement de la bonne conduite, de l'affection et des soins qu'ils ont eus l'un pour l'autre. Une reconnaissance de ce genre ne mériterait que des encouragements, mais, mis en présence d'autres devoirs de famille, ses effets devaient être restreints dans des limites équitables et justes. Les ascendants, les descendants, les enfants d'un premier lit surtout devaient d'autant plus être protégés, que la conduite du donataire pouvait n'être que le résultat, que l'abus d'une influence trop imminente et trop prochaine pour n'être pas redoutable.

¹ Voy. *supra*, n° 1612 et suiv.

Cette prévision résume et justifie les dispositions des articles 1094 et 1098.

1672. — En ce qui concerne les ascendants, le premier ne saurait être l'objet d'aucun autre reproche que de celui de sacrifier un peu trop leurs droits à ceux du conjoint. La faculté de grever d'usufruit leur réserve légale ferait admettre que la loi leur retire d'une main ce qu'elle leur accorde de l'autre. En effet, elle a pour résultat, en quelque sorte forcé, de frapper cette réserve d'indisponibilité, en la subordonnant, quant à la jouissance, au décès d'une personne nécessairement moins âgée et qu'ils sont naturellement appelés à précéder. De quel prix, d'ailleurs, peut être la nue propriété elle-même, et qui voudra l'acquérir en présence d'un usufruitier pouvant avoir à peine atteint sa vingt et unième année ?

C'est donc l'héritier de l'ascendant, plutôt que l'ascendant lui-même, que la loi semble vouloir favoriser. Cela est d'autant plus rigoureux, que son âge, que ses infirmités, que l'insuffisance de ses ressources lui rendraient plus indispensable et plus utile la disposition de cette réserve dont le principal et l'unique objet devrait être son avantage personnel.

Nous applaudissons donc à la proposition dont l'Assemblée nationale est aujourd'hui saisie (1831), et qui tend à retirer à l'époux le droit de grever d'usufruit la quotité dont il ne peut disposer. Les motifs qui militent en sa faveur ne manqueront, sans doute, pas d'en assurer l'adoption.

1673. — La détermination de la quotité disponible, soit de l'article 1094, soit de l'article 1098, ne peut avoir lieu qu'au décès du donateur. Ainsi, il importerait peu qu'au jour de la donation il existât des enfants d'un premier ou d'un second mariage, des ascendants dans l'une ou l'autre ligne. La donation, fût-elle universelle, n'en sortirait pas moins à effet si les uns et les autres avaient précédé le donateur, si, conséquemment, à la mort de celui-ci, il n'existait plus ni ascendants, ni enfants, ni descendants de ceux-ci.

De là il suit : que pendant la vie du donateur les enfants, même d'un précédent mariage, seraient irrecevables à querreller la donation soit en réduction, soit en nullité, l'une ou l'autre étant forcément subordonnée à l'état des choses au moment de la mort du donateur.

1674. — Mais ce défaut d'action ne va pas jusqu'à leur faire interdire de requérir les mesures conservatoires dans l'hypothèse où le relâchement des liens du mariage nécessitant la li-

quidation des droits de la femme, celle-ci est appelée à recevoir le montant de ce qui lui aurait été frauduleusement donné. L'action des réservataires serait illusoire si, avant d'être exercée, la donation recevait son entière exécution et si l'incapable pouvait à son gré faire disparaître ce qu'elle craindrait d'avoir à restituer plus tard. Les ayants droit devraient donc, dans ce cas, être admis à faire de la dation d'une caution la condition de la délivrance réelle.

C'est ce que la cour de Grenoble a consacré dans une hypothèse où, eu se remarquant, un homme avait reconnu une dot de 6,000 francs à sa seconde épouse, lorsque déjà il avait donné à l'aîné des enfants du premier lit, et par préciput, le quart de ses biens.

À la suite de l'obtention de sa séparation de corps, la seconde femme demandait la restitution de sa dot de 6,000 francs. Les enfants du premier lit intervenant soutinrent que la reconnaissance dans le contrat de mariage constituait une pure libéralité dont le cumul avec celle faite à l'un d'eux était de nature à entamer leur réserve légale. Ne pouvant, en l'état, la faire réduire ou annuler, ils concluaient à ce que la femme ne fût autorisée à la toucher qu'à la charge de donner caution pour la garantie de leur droit éventuel.

Ce système, accueilli par la cour de Grenoble, s'étaye dans l'arrêt sur les motifs suivants :

« Attendu que l'intérêt est la mesure de l'action ; que les intervenants, alors que leur père, avant son second mariage, a déjà donné, à son fils aîné, le quart de ses biens par préciput, et qu'ils soutiennent que la reconnaissance faite par leur père à sa seconde femme contient une libéralité déguisée dont le montant, joint à la donation précitée, est de nature à entamer leur réserve légale, ont un intérêt évident à empêcher que la somme, faisant l'objet de ladite reconnaissance, ne soit remise à leur belle-mère, parce que celle-ci, en la faisant disparaître, paralyserait l'action que la loi leur accorde ;

« Attendu que le seul effet de leur intervention en l'état n'est pas d'examiner la validité ou l'invalidité de la stipulation du contrat de mariage, mais d'empêcher que le montant de la reconnaissance ne puisse pas être soustrait ou occulté d'une façon quelconque ; que, dès lors, leur intervention est bien fondée, et qu'il ne peut échoir d'examiner la demande de la femme d'être autorisée à retirer, sans donner caution, le prétendu apport par elle fait dans son contrat de mariage ¹. »

¹ 2 juillet 1831 ; D. P., 32, 2, 137.

1675. — Le même arrêt décide, avec raison, que l'époux donateur est non recevable à exiger de sa fraude et à demander la nullité de la donation. En effet, la prohibition n'existe que dans l'intérêt exclusif des héritiers légitimes; elle ne consiste que dans le préjudice qu'ils seraient dans le cas d'en éprouver. C'est donc à eux seulement que la loi devait reconnaître le droit et confier le soin d'en poursuivre la répression. D'ailleurs, le caractère de l'acte n'étant acquis qu'à la mort du donateur, il est évident qu'on ne pouvait, dans aucun cas, lui permettre de faire prononcer une nullité que le prédécès des réservataires empêchera d'exister. Enfin, et par rapport à lui, la disposition trouve une cause légitime dans l'intention d'avantager son conjoint.

1676. — Quel est l'effet de la donation faite au mépris des prescriptions de l'article 1099 ?

Aucun doute ne saurait exister à l'égard de la donation indirecte. Elle est valable pour toute la quotité disponible. Elle ne peut donc devenir l'objet d'une action autre que celle en réduction. C'est ce que l'article 1099 décide en termes formels.

1677. — Le sort de la donation déguisée ou faite par personne interposée a, au contraire, suscité une vive et grave controverse. Grenier, Toullier, Delvincourt, Merlin se prononcent pour la nullité absolue; Coin-Delisle, Duranton, Poujol, Malpel, Vazeilles enseignent qu'elle est seulement réductible. Cette dernière opinion s'étaye des motifs suivants :

1678. — « Il est certain que sous l'empire du droit romain et aux termes de la loi *hac edictati*, comme sous l'empire de l'ordonnance de 1630, les donations déguisées ou faites par interposition de personne n'encouraient pas d'autre peine que la réduction à une part d'enfant moins prenant. Or, le Code civil, moins sévère sur un point que cette législation, peut-il être censé en avoir aggravé la disposition pénale ? On ne pourrait évidemment l'admettre.

« Cette première considération est corroborée par le texte même de l'article 1099. Ainsi, sa première disposition porte que les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les articles ci-dessus ; donc la prohibition n'existe que pour l'excédant ; c'est là d'ailleurs une légitime déduction de ce principe qu'on peut faire d'une manière indirecte ce qu'il est permis de faire directement.

« Dès lors aussi la nullité édictée par l'article 1099, contre les donations déguisées ou faites par personne interposée, ne peut s'entendre que

relativement à la quotité déclarée indisponible. Cette nullité n'est que la sanction pénale de la prohibition de se donner indirectement au delà de ce qui est permis. Cette seconde disposition se lie donc intimement à la première ; elle n'est que la conséquence du principe posé dans celle-ci, et il est de règle logique que la conséquence ne doit pas être plus étendue que le principe¹.

1679. — On répond dans l'opinion contraire :

« Qu'on ne saurait avoir aucun égard à ce qui se pratiquait sous l'empire de la loi *hac edictati* et l'ordonnance de 1630. La donation n'était pas alors annulée, par l'excellente raison qu'aucune de leurs dispositions n'autorisait ou ne prononçait cette peine. On ne pourrait donc consulter utilement cette pratique que si le Code civil eût imité leur silence ;

« Que, loin de là, le législateur avait voulu, à cet égard, introduire un droit nouveau, et que cette intention il l'avait clairement et expressément manifestée, puisqu'en laissant les donations indirectes sous l'empire de l'ancien droit, en les déclarant simplement réductibles, l'article 1099 prononçait formellement la nullité des donations déguisées ou faites par personnes interposées ;

« Que ne voir dans cette dernière disposition que ce qui se trouve dans la première, c'est lui attribuer un caractère par trop absurde, puisqu'elle ne constituerait qu'une répétition insignifiante et inutile ;

« Que la raison de l'une et de l'autre se justifie suffisamment par la nature de l'acte sur lequel elles disposent ; que la donation indirecte n'exige ni ne comporte pas nécessairement l'idée d'une simulation ou d'une fraude ; qu'elle peut résulter d'un fait ou d'un titre commun aux deux époux, dont l'appréciation n'est pas dès lors dans le cas d'offrir de grandes difficultés ; que la donation déguisée ou faite par interposition de personne demande au contraire à la fraude non-seulement le moyen de causer un préjudice, mais encore la faculté de violer impunément la loi ; qu'indépendamment donc de l'intérêt des tiers, il y avait à assurer le respect qu'exige celle-ci, ce qui ne pouvait être atteint que par la sévérité de la peine édictée ;

« Qu'ainsi la raison justifie le texte si formel, au secours duquel vient encore la discussion législative. En effet, le seul des orateurs du conseil d'État qui se soit occupé de la portée réelle

¹ Duranton, t. IX, n^o 831 ; Coin-Delisle, art. 1099, n^o 13 ; Poujol, des Donat., n^o 5, art. 1099 ; Malpel, des Succ., n^o 266 ; Vazeilles, des Succ., n^o 5, art. 843.

de l'article 1099 n'hésite pas à proclamer que la donation déguisée sera nulle et non pas seulement réductible ¹.

1680. — Cette dernière opinion paraît en effet plus conforme au texte de la loi ; elle a de plus l'incontestable avantage d'être mieux en harmonie avec l'économie générale de la loi en matière de fraudes. Nous l'avons vue, en effet, dans toutes les hypothèses, s'armer d'autant plus de sévérité que la fraude est plus imminente, et qu'elle trouve dans la facilité qu'elle a à se produire plus de chance de réussite. Pourquoi donc se serait-elle départie de ce système à l'endroit des donations entre époux ?

Est-ce que le danger est moins redoutable que dans les autres cas d'incapacités ? Presque toujours, au contraire, l'époux qui se remarie cède à l'entraînement d'une passion vive, à l'ardeur de desirs qui ne s'arrêteront pas devant une question d'argent. Celui qui ambitionne une paternité nouvelle se montrera oublieux de son ancienne paternité. Et que sera-ce pour ces mariages disproportionnés unissant la force à la faiblesse, la caducité à la jeunesse, la vie à la mort ?

On recourra donc au déguisement, à l'interposition de personnes, d'abord parce que telle sera la condition imposée, ensuite parce que la difficulté de découvrir l'une et l'autre multiplie les chances d'échapper à toute répression. En effet, la preuve orale, les présomptions elles-mêmes, quoique d'un utile secours, seront, dans bien des cas, insuffisantes. Elles créeront un soupçon plus ou moins violent, des doutes sérieux auxquels cependant les juges ne croiront pas devoir s'arrêter. Un soupçon est encore fort loin d'une certitude, et ainsi se trouvera consommée cette spoliation que la loi tient à empêcher.

Il importait donc pour prévenir ce danger, et comme correctif, de se montrer très-sévère pour les conséquences de la découverte de la fraude. La crainte de tout perdre est de nature à faire réfléchir les époux et à les détourner de ces voies tortueuses dans lesquelles ils pourraient être tentés de s'engager. Se borner à réduire la donation frauduleuse, c'est-à-dire conférer au conjoint tout ce qu'il aurait pu recevoir, tout ce qu'il recevrait par l'emploi des moyens les plus légitimes, était un puissant encouragement pour la fraude. Pourquoi, en effet, ne tenterait-on pas les chances d'une réussite puisqu'en cas d'échec on conserverait toujours l'intégralité de la quotité disponible.

En présence d'un pareil résultat, l'époux, cherchant à violer la loi, n'aurait pas manqué de se dire, qu'on nous passe la trivialité de l'expression : Si la donation déguisée, si l'interposition de personne ne produit aucun bien, elle ne peut produire aucun mal, essayons-en donc, puisque tout ce qui peut en résulter de pire, c'est d'être placé dans la position que j'aurais si j'avais scrupuleusement respecté la loi.

Le système de la nullité absolue rend cet odieux calcul moins tentant. Quelque difficile que soit la découverte de la fraude, la preuve testimoniale offre au moins une chance d'y arriver, et dès lors de tout perdre. Toute légère qu'elle soit, cette chance peut donner à penser au donataire et le porter à préférer la possession légale de la quotité disponible, plutôt que de la courir.

Dira-t-on qu'on ne recourra à la fraude qu'après s'être assuré cette quotité par une disposition directe ? Mais, dans cette hypothèse, notre question n'a plus aucun intérêt. Qu'importe, en effet, que la donation soit nulle ou simplement réductible. Il n'y a plus rien à recevoir dès l'instant que la disponibilité est épuisée. Dans un cas comme dans l'autre, la donation resterait sans effets possibles, et il deviendrait fort inutile de chercher à en déterminer le véritable caractère.

Ainsi, le système de la nullité absolue, textuellement consacré par l'article 1099, se recommande en outre par la haute moralité de ses conséquences. On doit donc le consacrer. C'est du moins ce que la cour de cassation n'a pas cessé de faire.

1681. — Saisie une première fois de la question, elle juge, le 30 novembre 1831, que la donation déguisée faite par époux, veuf, ayant des enfants d'un premier lit, au profit de son nouvel époux, est frappée d'une nullité absolue et non pas seulement réductible. Cet arrêt, rendu après délibération en chambre de conseil, rejette le pourvoi formé contre la décision conforme de la cour d'Angers.

Plus tard, la cour de Rouen décidant le contraire, son arrêt est déferé à la cour suprême. Après un nouveau délibéré en chambre de conseil, cet arrêt est cassé le 11 novembre 1834.

Enfin, par un dernier arrêt du 27 mars 1838, la cour régulatrice, mise en demeure de se prononcer une troisième fois, en persistant dans sa jurisprudence, consacre de nouveau la nullité de la donation frauduleuse.

Ce dernier arrêt fixe nettement le sens et la portée réelle de l'article 1099 dans son application aux donations indirectes et à celle que la

¹ Merlin, *Rep.*, v° *Seconde nocex*, § 7, n° 10; Grenier, n° 691; Toullier, t. V, n° 901; Delvincourt, t. II, p. 447.

fraude a fait déguiser. Voici, sur leur différence, la doctrine de la cour de cassation :

« Attendu que l'article 1098 se borne à fixer la quotité dont les époux peuvent disposer l'un au profit de l'autre ;

« Que l'article 1099 a pour objet de régler entre époux la valeur des donations indirectes et des donations déguisées ou faites à personnes interposées ;

« Qu'il accorde effet aux premières jusqu'à concurrence de la quotité fixée par l'article 1098, mais qu'il déclare nulles les secondes ;

« Attendu que si la distinction établie par cet article ne se retrouve plus, lorsqu'il s'agit de donations autres que celles que les époux se font l'un à l'autre, il en résulte seulement que, pour ce genre particulier de donations, la loi a cru devoir introduire une règle plus sévère, mais qu'il n'en résulte nullement que la disposition spéciale et formelle de la loi ne doive pas recevoir son exécution ¹. »

1682. — Nonobstant cette persévérante jurisprudence de la cour de cassation, la cour de Bourges et celle de Paris se sont prononcées dans le sens contraire : la première, par arrêt du 9 novembre 1836 ; la seconde, par arrêt du 21 juin 1837 ². Mais les motifs que nous venons d'exposer enlèvent, à notre avis, à ces deux décisions, tout caractère juridique.

1683. — Il faut donc, avec la cour de cassation, arriver à cette conclusion : qu'on doit distinguer les donations indirectes des donations déguisées ou faites à personnes interposées ; que les premières sont réductibles et variables pour toute la quotité disponible ; que les dernières sont absolument nulles. Cette peine n'a rien de trop sévère en présence de la facilité que rencontre la fraude qu'elle tend à prévenir, et des dangers qu'elle fait courir à ceux qui sont exposés à en subir les conséquences.

1684. — Nous nous sommes déjà occupés des incapacités édictées par l'article 909. Nous en avons indiqué la nature et les effets. Nous nous bornons donc, pour ce qui les concerne, à nous en référer à nos précédentes observations ³.

1685. — Les motifs qui ont fait proscrire les avantages excessifs entre époux militaient pour empêcher que les ascendants ou descendants pussent être privés directement ou indirectement de la portion des biens que la loi a entendu leur réserver. La transmission des biens la plus juste, parce qu'elle est la plus naturelle,

est celle qui se règle par les liens de la nature et du sang. C'est aussi celle que la loi admet et consacre.

Sans doute, et dans bien des cas, la volonté du propriétaire, donnant ce qui lui appartient, vient se substituer à la loi ; mais, quelque respectable que soit le droit légitimant cette conséquence, le législateur n'a pas hésité à lui tracer des limites qu'il ne saurait franchir. Il importe que le père de famille ait la faculté de reconnaître la bonne conduite et le mérite des uns, de punir l'ingratitude des autres, mais cette faculté ne saurait aller jusqu'à l'exhérédation complète de ceux-ci au profit de ceux-là, et moins encore au profit d'un étranger. De là l'indisponibilité partielle des biens créée à l'endroit des enfants et ascendants par les articles 915 et 916 du Code civil. Or, ce qu'il n'est pas permis de faire par testament ne saurait légalement résulter d'une donation entre-vifs. En conséquence, la prohibition de léguer renferme virtuellement celle de donner au delà de la quotité disponible.

1686. — La réserve des ascendants est, à défaut d'enfants ou descendants, d'un quart pour la ligne paternelle, d'un quart pour la ligne maternelle, sans qu'il puisse jamais s'opérer aucune dévolution d'une ligne à l'autre. Par rapport à eux, la quotité disponible est donc des trois quarts ou de la moitié, selon qu'il en existe ou non dans les deux branches. L'article 1094 permet en outre, dans le cas spécial, de grever d'usufruit la totalité de leur réserve.

1687. — La légitime des enfants se calcule sur le nombre de ceux qui existeront au moment du décès de leur auteur. Elle est de la moitié des biens, si le père ne laisse qu'un enfant, de deux tiers s'il en laisse deux, de trois quarts s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. La quotité disponible est donc du quart au minimum, mais elle peut être du tiers ou de la moitié.

Cette quotité peut être donnée par le père soit à l'un ou plusieurs de ses enfants, soit à un étranger. Ce droit ne subit qu'une exception, à savoir : le cas de minorité du disposant.

Ainsi, le mineur est incapable de donner entre-vifs. Il ne peut disposer par testament qu'après avoir atteint sa seizième année, et encore ne lui est-il permis de donner que la moitié de ce qu'il aurait pu donner s'il avait été majeur.

Le fondement de cette exception réside dans

¹ J. D. P., t. I, 1838, p. 638; voy. Limoges, 16 juillet 1842; *ibid.*, t. I, 1844, p. 500.

² *Ibid.*, t. II, 1837, p. 7.

³ Voy. *supra*, nos 161 et suiv., 1465.

la qualité de mineur. La faiblesse de son âge, son inexpérience l'exposent à des entraînements dont il est incapable d'apprécier sainement les conséquences, pouvant aller cependant jusqu'à son dépouillement complet. La loi devait donc le protéger contre sa propre imprudence. Aussi ne se départ-elle de toute sollicitude que lorsque le mineur, agissant sous les yeux et avec le concours de ses protecteurs naturels, trouve dans ce concours une défense légitime et une protection efficace. C'est ce qui se réalise notamment dans l'hypothèse de l'article 1093, dans laquelle le mineur est, même pour la donation, complètement assimilé au majeur.

1688. — L'indisponibilité créée par les articles 913 et 915 n'est pas moins absolue que celle résultant des articles 1094 et 1098. Conséquemment, pour l'une comme pour l'autre, les moyens qui tendraient à la méconnaître directement ou indirectement ne pourraient produire le moindre effet. La donation arrivant à ce résultat serait donc, de plein droit, réduite à la seule quotité disponible.

1689. — La donation indirecte peut résulter de l'abstention par le père de recueillir un avantage, qui se trouverait ainsi transmis à celui qu'il veut favoriser. Supposez qu'un époux, ayant des enfants d'un premier lit, renonce, après la dissolution de son second mariage, à la communauté évidemment avantageuse, ou bien qu'institué par son conjoint légataire de la quotité disponible, il renonce au legs. Dans l'une et dans l'autre hypothèse, les enfants du second lit recevront intégralement un bénéfice auquel, dans le cas d'acceptation, les enfants du premier lit auraient été nécessairement appelés à participer. Pourront-ils, dès lors, soutenir que la renonciation de leur auteur est une donation indirecte, et, comme telle, la faire réduire?

L'affirmative ne nous paraît pas contestable. Déjà nous avons vu que les créanciers de celui qui, au préjudice de leurs droits, renonce à une succession ou à une communauté, sont recevables à faire révoquer la répudiation. Comment pourrait-on contester ce droit aux enfants qui éprouveraient un égal préjudice?

La seule différence possible entre les créanciers et les enfants du premier lit se fait remarquer dans l'exercice du droit qui leur est commun. Pour les premiers, cet exercice peut être actuel et suivre immédiatement la répudiation; pour les derniers, au contraire, la recevabilité est nécessairement subordonnée au décès de leur auteur. Ce n'est, en effet, qu'à cette époque que la quotité disponible étant déterminée, ils

peuvent être admis à prétendre qu'elle a été dépassée.

Cette différence dans l'exercice du droit en signale une autre dans les effets de l'action. Celle-ci consiste en ce que celle des créanciers est une action en nullité, tandis que celle des enfants ne constitue jamais qu'une demande en réduction et en rapport.

1690. — La faculté pour l'époux de donner à son conjoint l'usufruit de la moitié ou le quart en propriété et le quart en usufruit, a fait naître la question de savoir si cette quotité pouvait ou non être cumulée avec celle de l'article 913.

Cette importante et délicate question est en voie d'être législativement résolue. L'Assemblée nationale est investie d'une proposition tendant à autoriser le cumul dans tous les cas. Cette solution, contraire à la jurisprudence de la cour de cassation, est une preuve nouvelle du peu de fondements de cette jurisprudence. Condamnée par tous les jurisconsultes, elle l'est encore par nos mœurs et nos besoins sociaux.

On le sait, la question du cumul peut se présenter dans trois hypothèses : 1^o le donateur, ayant disposé, en faveur d'un tiers, enfant ou étranger, du disponible de l'article 913, soit d'un quart de ses biens en pleine propriété, laisse ultérieurement, à son conjoint, soit l'usufruit de la moitié, soit la jouissance d'un autre quart; 2^o les deux dispositions sont renfermées dans un seul et même acte, quel que soit l'ordre suivi pour l'un et pour l'autre; 3^o l'époux, après avoir donné, par contrat de mariage, à son conjoint l'usufruit de ses biens, dispose plus tard de la nue propriété d'un quart en faveur d'un enfant ou d'un étranger.

Le cumul est admis, sans difficultés, dans les deux premières hypothèses. Les doutes qui s'élevaient élevés dans le cas d'un acte unique ont été définitivement tranchés par un arrêt de la cour de cassation du 9 novembre 1846¹.

Quellé est, dans l'une et dans l'autre, la position des réservataires? L'exécution de la double disposition leur enlève d'abord un quart en toute propriété et un quart en jouissance; leur légitime se trouve, dès lors, réduite aux trois quarts des biens, dont un reste frappé d'usufruit. En d'autres termes, ils sont dans la même position qu'ils auraient si la quotité la plus large de l'art. 1094 avait été épuisée en faveur de l'époux seul.

Or, un effet parfaitement identique se produit dans la troisième hypothèse. Les réservataires y sont appelés à recueillir exactement ce à quoi ils

¹ Devillemeuve, 46, I, 801.

sont réduits dans une des deux premières. Cependant, dans celle-ci, la cour de cassation refuse de sanctionner le cumul qu'elle autorise dans les deux autres.

Quel peut être, en raison et en droit, le motif de cette différence essentielle? A première vue, il paraît difficile d'en imaginer de plausibles. Voici ceux que la cour de cassation invoque dans les arrêts qu'elle a rendus dans une période de douze ans, depuis 1837 jusqu'en 1849.

L'usufruit donné précédemment à l'époux doit être évalué. Comprenant la moitié des biens, il équivaut au quart en pleine propriété; il atteint, dès lors, l'intégralité du disponible de l'article 913. Dès lors, cette quotité étant épuisée, les tiers ne peuvent plus rien recevoir sans qu'il soit porté atteinte à la quotité indisponible fixée par cet article. On ne pourrait aller au delà que par application de l'article 1094; mais cet article constituant un bénéfice exclusif et personnel au conjoint, nul autre que lui ne saurait s'en prévaloir¹.

L'autorité du premier de ces motifs est singulièrement atténuée par le démenti qu'il reçoit de la cour de cassation elle-même, dans l'hypothèse d'un acte unique renfermant les deux dispositions. Le cumul est valable dans tous les cas, et cependant si, par l'ordre suivi, la disposition de la moitié de l'usufruit en faveur du conjoint est la première inscrite, l'objection faite, lorsqu'il y a deux actes distincts, est parfaitement applicable. Cet usufruit équivalant au quart en propriété, le disponible de l'article 913 est épuisé, et, dès lors, nul autre que le conjoint ne devrait plus rien recevoir. Pourquoi, dès lors, permettre au tiers, enfant ou étranger, de recueillir le don dont il est l'objet? Et si on le permet dans cette hypothèse, pourquoi le défendre dans celle de deux actes séparés et distincts? Le résultat étant rigoureusement le même dans les deux cas, pourquoi une si énorme différence dans les effets?

Ainsi, on arrive à cette singulière conséquence que ce n'est plus par le nombre des réservataires que se calcule la quotité disponible; on fait de cette quotité une question de dates dans les dispositions qu'en fait l'auteur. Sur quelle disposition de loi pourra-t-on fonder une pareille doctrine?

Cette première considération, et la contradiction insoluble qu'elle signale, indique un vice radical dans le système que nous combattons. On ne devrait donc l'admettre que si, à côté de

cet inconvénient, venaient se placer des motifs graves de nature à en affaiblir l'effet. Or, il faut bien le reconnaître, aucun de ceux invoqués par la cour de cassation n'offre ce caractère.

Est-il vrai, en effet, que le don de la moitié en usufruit, fait au conjoint, épuise la quotité disponible de l'article 913? Pour le décider ainsi, il faut convertir cet usufruit en propriété et fixer à la moitié la proportion dans laquelle cette conversion doit être opérée.

Mais cette conversion est purement arbitraire; elle est repoussée par la nature des choses, par l'antinomie existant entre ces deux droits. L'usufruit est un démembrement de la propriété; celui qui l'exerce n'a aucun des attributs du propriétaire; il doit jouir en bon père de famille, et, s'il s'écarte de cette obligation, le propriétaire, qui seul peut user et abuser, mettra fin à sa jouissance. En réalité, et pour nous servir des expressions de la loi romaine, l'usufruit *non dominii pars, sed servitutis locum obtinet*.

Il n'est donc pas possible de se livrer à l'assimilation que commande la cour de cassation. On comprend la conversion de l'usufruit en droit de propriété, lorsque l'agissement qu'il faut opérer n'a pas d'autre moyen de se réaliser; ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit du droit de mutation ou d'enregistrement, il faut, à l'un et à l'autre, une base certaine, et l'on s'explique, dès lors, que le législateur ait non-seulement fixé la conversion, mais encore eré, dans un but de fiscalité, la proportion déterminée par la loi du 22 frimaire an VII.

Mais recourir à cette loi spéciale dans les cas ordinaires, notamment dans notre espèce, convertir l'usufruit en pleine propriété, c'est faire violence à son caractère distinctif, c'est le dénaturer, c'est de plus, et dans certaines circonstances, consacrer un mensonge.

« Il n'y a, dit Proudhon, aucune disposition dans nos lois qui fixe la valeur comparative de l'usufruit et de la propriété, si ce n'est en ce qui concerne le droit d'enregistrement, pour la perception duquel, en cas de mutation, l'usufruit est considéré comme valant la moitié du fonds. Mais si cette estimation, qui n'est faite que dans l'intérêt du fisc, peut être invoquée pour exemple et comparaison, il est évident qu'elle ne peut être prise pour règle générale dans l'intérêt des citoyens entre eux; car si l'usufruit légué à un homme de vingt ou trente ans peut valoir la

¹ Cass., 21 juillet 1839, 21 novembre 1842, 22 novembre 1843, 4 août 1846, 27 décembre 1848, 7 mars 1849; *Journal du Palais*, t. II, 1839, p. 39; t. IV, 1843, p. 121,

et t. II, p. 798; t. I, 1847, p. 53; t. I, 1849, p. 22 et 644; Aix, 23 mai 1851, inédit.

moitié du fonds, il serait absurde d'en dire autant de celui qui serait légué à un vieillard de quatre-vingt-dix ans¹.

On pourrait même, sans trop de témérité, aller plus loin encore. Comment donner une valeur certaine à l'usufruit, même lorsqu'il s'agit d'un homme de vingt ou trente ans? La chance de longévité obéit-elle toujours aux lois de la nature, et l'événement ne viendra-t-il pas donner le plus évident démenti aux probabilités les plus légitimes?

Tel est cependant le système que la cour de cassation consacre sans besoin, sans aucune nécessité, et dans l'objet unique d'imputer sur la quotité de l'article 913 ce qui devait naturellement l'être sur celle de l'article 1094. Ne doit-on pas en effet admettre que l'époux, disposant en faveur de son conjoint, s'en est nécessairement référé à ce dernier, et que, s'il n'a pas épuisé le droit que cet article lui confère, c'est qu'il a voulu se réserver la faculté de le compléter plus tard? En fait, le disponible n'est pas épuisé, le quart en nue propriété peut encore être donné. Pourquoi ne le serait-il pas à l'étranger ou à l'enfant, comme il pourrait l'être au conjoint?

Nous rencontrerons ici la réponse dans le second argument de la cour de cassation. C'est, dit-elle, que, pour autoriser cette disposition, il faut nécessairement recourir à l'article 1094, et que nul autre que l'époux ne saurait être admis à en revendiquer le bénéfice.

La règle est irréprochable, mais on ne peut en dire autant de l'application que la cour de cassation entend en faire.

Fixons-nous bien d'abord sur le véritable caractère de l'article 1094. Sa disposition ne crée pas une seconde quotité disponible, elle ne fait qu'étendre la quotité ordinaire en faveur du conjoint. De là on a tiré cette juste conséquence que nul autre que lui ne pourra profiter de cette extension.

Ainsi, lorsque l'époux a disposé en faveur d'un tiers, enfant ou étranger, de la quotité ordinaire, il peut encore disposer, en faveur de son conjoint, d'une quotité en usufruit, mais il ne pourrait le faire au profit du tiers. Vainement celui-ci prétendrait-il que le donateur n'a fait que ce que la loi lui permettait de faire, ou lui répondra avec raison que l'art. 1094 concerne exclusivement le conjoint, qu'il est donc non recevable et mal foudé à se prévaloir de sa disposition.

Mais est-ce profiter de l'article 1094, lorsque,

par la combinaison adaptée par l'époux, le tiers est appelé à concourir avec le conjoint à la répartition de l'entière quotité disponible? Pour résoudre affirmativement cette question, il faudrait soutenir, comme on l'a fait, que la quotité de l'article 1094 est indivisible, et qu'on ne peut admettre l'extension qu'il autorise que dans le cas où la disposition de la quotité ordinaire a été déjà faite en faveur du conjoint.

Or, cette indivisibilité, repoussée dans l'hypothèse d'un acte unique, et dans celle d'infirmité de la disposition en faveur du conjoint, la cour de cassation l'a proscrite en principe, c'est ce qui résulte notamment de son arrêt du 18 novembre 1840.

Il s'agissait dans cette espèce de la réserve des ascendants que l'article 1094 permet de grever d'usufruit. La question qui s'y agissait était celle de savoir si l'époux, décédé sans enfants, avait pu valablement, alors même qu'il dispose en faveur d'un étranger de la quotité disponible de l'article 913, léguer à son conjoint survivant l'usufruit de la réserve de l'ascendant?

On soutenait la négative, en se fondant sur le texte de l'article 1094. La législation suppose, disait-on, que le conjoint a déjà reçu ou reçoit effectivement la quotité de l'article 913, puisqu'il permet de lui accorder *en sus* l'usufruit de la portion réservée. L'attribution de la première, en faveur d'un tiers, fait donc disparaître la condition essentielle, et ne permet plus la disposition ultérieure de cet usufruit.

C'est cette opinion que M. l'avocat général Delangle avait adoptée et qu'il étayait des considérations suivantes :

C'est en faveur du mariage, c'est à cause de l'époux, c'est en raison de sa position que le droit de l'ascendant a été déterminé, et dès lors n'est-il pas logique de conclure que si le testament appelle un tiers à recueillir une partie des biens, le cas prévu par la loi ne se rencontre pas; que la réserve reprend toute sa force, l'article 913 toute son énergie, et que si l'ascendant est contraint de s'humilier devant l'époux, ce sacrifice ne lui est plus imposé envers un étranger?

Quelles sont, ajoutait ce magistrat, les objections que l'on oppose?

1° En fait, que la libéralité n'embrassant que l'usufruit, la femme a reçu ce qu'elle pouvait recevoir! Mais c'est là travestir en question de fait une question de droit, c'est éluder la difficulté. Il s'agit d'une question de disponibilité; qu'en soi, et considérée par abstraction, la disposition soit valable, on le peut admettre; mais on ne peut la séparer de la disposition faite au profit

¹ De l'Usufruit, n° 564.

d'un tiers, au profit d'un étranger, et c'est ce mélange, que la loi proscriit, qui s'oppose à l'exécution complète du testament. De ce que le mari pouvait plus, il ne s'ensuit nullement qu'en donnant moins il ait valablement disposé, car la disposition du plus était soumise à une condition impérative.

2° Que la loi n'interdit pas l'attribution à un tiers de la quotité disponible ! Mais c'est oublier la nature de la disposition de l'article 1094. Dès qu'elle est exceptionnelle, il était inutile que le législateur s'expliquât autrement qu'il ne l'a fait. N'est-ce pas d'ailleurs une des nécessités de toute loi qui déroge au droit commun de ne pouvoir sortir de sa sphère ?

Delangle posait donc comme certaine et positive l'indivisibilité de l'article 1094 ; l'impossibilité pour les tiers d'en recevoir une partie quelconque, et cela non-seulement lorsqu'il s'agit d'un réservataire ascendant, mais encore dans celui où le réservataire serait un descendant. Ascendant ou descendant, s'écriait-il, ne s'agit-il pas toujours de la réserve ? N'est-ce pas la même disposition, le même droit ? N'est-il pas vrai qu'une seule chose est changée, la quotité du droit ?

Mais la cour suprême, après une mûre délibération, repousse cette doctrine, elle admet la divisibilité de la quotité disponible de l'article 1094, et juge en conséquence qu'elle pouvait être répartie entre le conjoint et le tiers, pourvu que celui-ci ne reçoive rien au delà de la quotité ordinaire, et que le conjoint profitât exclusivement de l'extension autorisée par l'article 1094¹.

Ce qu'il importe de relever dans cet arrêt et dans les considérations qui y sont développées, ce sont les deux motifs suivants :

« Attendu que de la combinaison des articles 913 et 1094 il résulte que l'époux, qui décede sans enfants, mais laissant un ou plusieurs ascendants dans une ligne, peut disposer en faveur de l'autre époux, non-seulement de ce dont il pourrait disposer en faveur d'étrangers, mais encore de l'usufruit de la portion réservée aux ascendants ; que cette extension de la faculté de disposer donnée à un époux en faveur de l'autre époux, qui a pour objet de resserrer les liens de l'union conjugale, est toute personnelle à l'époux et qu'aucun étranger ne peut en profiter ;

« Attendu, toutefois, qu'on ne saurait induire de là que l'époux, qui dispose, en faveur d'un étranger, de la quotité disponible déterminée par l'article 913 et de l'usufruit de la portion réservée aux ascendants en faveur de l'autre

époux, fait profiter l'étranger de l'extension portée en faveur de l'époux par l'article 1094, puisque l'étranger ne recueille que le disponible de l'article 913. »

Ainsi l'époux n'est pas obligé de donner à son conjoint l'intégralité du disponible de l'article 1094. Il peut, par la combinaison de cet article avec l'article 913 ou 915, réduire l'époux à l'extension qu'en sa faveur la loi donne au disponible ordinaire, et donner celle-ci à un étranger. Pour ce dernier, sa position est réglée par l'émolument qu'il est appelé à prendre. Il n'est pas, il ne peut pas être réputé profiter de l'article 1094, si cet émolument ne dépasse ou n'atteint pas celui qu'il pourrait recevoir en force de l'article 913 ou 915.

Non-seulement la cour de cassation proclame le principe, mais encore elle en fait elle-même l'application dans l'hypothèse d'une double disposition par un acte unique. Comment donc l'existence de deux actes, qui n'est pas un obstacle lorsque la donation à l'étranger est antérieure à celle faite au conjoint, en créerait-elle un invincible dans le cas d'antériorité de celle-ci ? Est-ce que la date des actes pourra avoir pour effet de faire admettre que le tiers profite de l'article 1094, lorsque, par le fait, il ne recevra pas même ce que l'article 913 lui permettait de recevoir ? Lorsque, d'autre part, l'époux seul recueillera l'extension du disponible créée en sa faveur ? On peut le dire sans crainte, la raison repousse un pareil résultat.

La loi ne se préoccupe de la date des libéralités que dans le cas où il y a lieu à réduction, leur ensemble dépassant la quotité disponible. Or, la question de savoir s'il y a inofficiosité ne peut naître qu'au décès du donateur et lorsque s'ouvre le droit des héritiers.

Or, dans notre hypothèse, l'époux, délaissant plus de deux enfants et un conjoint, pouvait donner ou léguer le quart en pleine propriété et le quart en usufruit. En fait, il n'a disposé de rien au delà, donc la querelle d'inofficiosité ne serait pas fondée.

Le don du quart en nue propriété, fait au tiers, enfant ou étranger, n'a pas besoin, pour sortir à effet, de se placer sous le patronage de l'article 1094. L'article 913 suffit pour assurer sa validité. Le tiers n'invoquera pas le premier, il n'en profitera pas non plus, car, loin de recevoir quelque chose au delà du disponible ordinaire, il ne le reçoit même pas en totalité. L'époux seul est appelé à recueillir l'extension créée en sa faveur par l'article 1094. A cet égard donc, toutes les exigences de la loi se trouvent rem-

¹ D. P., 41, t. 19.

plies, et, dès lors, le système que nous combattons n'a aucune base légitime.

Ainsi la cour de cassation proclame la divisibilité de l'article 1094 et, après l'avoir érigée en principe, elle la repousse ou l'admet, suivant la date des deux libéralités, ou suivant qu'elles sont ou non renfermées dans un seul acte. Elle décide que la quotité indisponible est atteinte, malgré que, dans l'hypothèse d'un seul acte renfermant la même disposition, le même résultat pour les réservataires, elle refuse de reconnaître la moindre atteinte à cette même quotité; elle fait donc dépendre la disponibilité d'un événement complètement en dehors des éléments sur lesquels la loi a basé toutes ses prévisions. Elle ne peut enfin arriver à cette évidente contradiction que par la conversion du droit d'usufruit en droit de propriété. On a donc eu raison de reprocher à la jurisprudence d'être fondée sur des éléments hétérogènes, contradictoires entre eux et contradictoires avec les règles sur la quotité disponible.

Sous un autre point de vue, cette jurisprudence s'écarte de l'esprit de la loi. Notre Code a voulu étendre, pour le père de famille, la faculté de disposer d'une partie de ses biens. C'est ce que la cour de cassation reconnaissait elle-même lorsque, après avoir longtemps jugé le contraire, elle a décidé que la quotité disponible devait être calculée sur tous les biens précédemment donnés qui devaient être fictivement rapportés, et que l'imputation du don fait à l'enfant renonçant devait se faire d'abord sur la réserve et subsidiairement sur la quotité disponible.

Cette jurisprudence porte atteinte à la puissance paternelle, en enlevant au père le plus précieux de ses attributs, la faculté de récompenser et de punir. Elle affaiblit son autorité, dont elle brise d'avance le plus énergique ressort, le plus puissant mobile.

Enfin, elle compromet le mariage lui-même. Une des conditions de sa célébration peut être la donation mutuelle de la moitié en usufruit des biens qu'on délaissera, condition que ne manquera pas de repousser celui qui ne voudra pas, pour devenir époux, abdiquer ses devoirs ou ses droits de père.

C'est par le développement de ces considérations diverses que les jurisconsultes ont à peu près unanimement critiqué la doctrine de la cour de cassation. Grenier, qui l'avait d'abord adoptée, l'a complètement désertée dans sa seconde édition pour se rallier à l'avis contraire,

qu'il trouve plus juste que celui pour lequel il avait d'abord penché¹.

Toullier n'a pas hésité à se prononcer pour le cumul, qu'il déclare conforme à la raison, à l'équité et au bon droit. A l'époque où Toullier écrivait, la cour de cassation n'avait encore rendu que l'arrêt du 21 juillet 1813, que ce savant jurisconsulte approuve, en se renfermant dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, c'est-à-dire au cas de secondes noces, et à l'endroit du disponible fixé par l'article 1098. Mais, contrairement à l'indication de l'arrêtiste, Toullier prouve que la doctrine de cet arrêt ne saurait être appliquée au cumul des quotités des articles 915 et 1094².

La doctrine contraire invoque les noms de Duranton et de Proudhon, mais c'est à tort, selon nous. L'un et l'autre, en effet, en disent qu'une seule chose, à savoir : que l'extension de quotité créée par l'art. 1094 ne saurait, dans aucun cas, profiter au tiers, ce qui, dans le sens que nous venons de lui donner, est parfaitement juridique³.

Depuis les arrêts de 1837 et de 1839, Benech, professeur à la faculté de Toulouse, a publié un traité sur la quotité disponible entre époux. La question que nous examinons y est traitée et résolue sous toutes ses faces. La réfutation de la doctrine de la cour de cassation est complète et décisive.

Le compte rendu de ce traité a déterminé des adhésions nombreuses au système qu'il développe. Voici la conclusion d'un article fort remarquable, dû à la plume de Pont, collaborateur de Rollière et coauteur d'un excellent traité sur le contrat de mariage :

« Ce qu'on peut affirmer, c'est que, s'il fallait regarder comme une expression exacte de la loi les solutions que la cour de cassation a consacrées, on devrait, par cela même, reconnaître que le législateur a complètement manqué de vues arrêtées sur l'emploi de la quotité disponible fixée par l'article 1094. Comment concevoir, en effet, que le concours des deux libéralités étant admis lorsque ces libéralités sont faites par un même acte ou par des actes séparés, mais avec antériorité en faveur du tiers, enfant ou étranger, ce concours ait dû, dans la pensée du législateur, être rejeté lorsque l'ordre inverse a été suivi? La raison même s'élève contre une pareille supposition; et, la résistance des tribunaux aidant, il est présumable que le différend sera vidé un jour par la seule autorité des principes, et abstraction faite des circonstances par-

¹ Des Donat., t. II, p. 584.

² T. V, n° 870, 871 et 871 bis.

³ T. IX, n° 796; de l'Usufruit, t. I, n° 360.

liculières auxquelles le législateur ne saurait assurément avoir songé ¹.

Cette résistance, que Pont appelle, s'est manifestée par de nombreux arrêts. Nous ne saurions mieux résumer notre discussion qu'en transcrivant les remarquables motifs de celui rendu par la cour de Paris, le 16 novembre 1846 :

« Attendu que la portion disponible n'a pas été seulement fixée d'après le nombre et la qualité des héritiers à réserve, mais aussi à raison de la qualité des personnes à avantager ; que c'est ainsi qu'après avoir fixé, par l'article 913, la quotité disponible, eu égard au nombre d'enfants, l'article 1094 a établi une disponibilité plus étendue entre conjoints ;

« Attendu qu'il est impossible de croire que le législateur n'ait pas en outre porté son attention sur le cas où le disposant serait en même temps époux et père ;

« Que si la loi ne contient aucune disposition qui permette d'user cumulativement de toute la latitude accordée par ces deux articles, il n'en existe aucune qui défende d'épuiser la plus forte quotité, dans le divisant entre le conjoint et les enfants, pourvu que ces derniers ne reçoivent rien au delà de la quotité fixée par l'article 913 ;

« Attendu qu'on ajouterait à la loi, si on l'interprétait dans un sens contraire, et qu'on se mettrait en opposition avec les principes d'après lesquels a été fixée la quotité disponible, puisqu'au lieu d'étendre la faculté du disposant en raison de ce qu'il doit s'occuper du sort de ses enfants, en même temps que de celui de son époux, on la restreindrait au contraire ; qu'une interprétation restrictive de la loi est combattue par son texte, lorsque la libéralité en faveur de l'époux est postérieure au don fait à l'enfant, et qu'il n'y a pas de raison plausible pour l'admettre quand elle est antérieure ; qu'en effet, ce serait faire, de l'étendue du droit de disposer, une question de dates ;

« Attendu qu'il résulte de la nature des choses que, si la portion disponible fixée par l'article 1094 peut être en son entier absorbée par deux dispositions, l'une au profit des enfants, l'autre au profit du conjoint, quand celle-ci est la dernière en date, il doit en être de même quand la libéralité faite à l'enfant est postérieure ; qu'en effet le législateur, en calculant la quotité disponible, a considéré à la fois l'intérêt des familles et l'intérêt politique attaché au droit de disposer et de tester ;

« Attendu d'ailleurs que, postérieure ou antérieure, chaque libéralité s'impute d'abord sur celle des portions disponibles à laquelle elle se rapporte ; qu'ainsi le don fait à l'enfant s'impute sur la quotité disponible de l'article 913, et le don fait au conjoint sur celle déterminée par l'article 1094 ; que telle est évidemment l'intention du disposant, alors même qu'il ne l'a pas exprimée ; qu'il n'y a donc pas lieu de rechercher à quelle portion de propriété une donation d'usufruit, faite en vertu de l'article 1094, peut équivaloir, et d'imputer cette portion sur la portion déclarée disponible par l'article 913 ;

« Qu'en opérant ainsi, on dénature ce don d'usufruit et on confond en une seule deux portions disponibles distinctes ².

1691. — La conséquence naturelle de l'indisponibilité d'une partie des biens, et de son affectation spéciale en faveur de certains héritiers, est de leur conférer une action en revendication des libéralités empiétant sur leur réserve. Cette action existe non pas seulement contre les donations directes, mais encore contre tout acte renfermant, sous une apparence simulée, une véritable libéralité.

Or on admettrait facilement comme telles les obligations conscrrites et les ventes consenties par le père en faveur d'un des successibles. Dans l'appréciation d'actes de ce genre, la justice trouve des éléments précieux de décision dans les antécédents de famille, dans la conduite du père à l'endroit de l'enfant avec qui il a contracté, et, vis-à-vis de ses autres enfants, dans la position respective des contractants. Si le père a toujours montré une vive et aveugle affection pour l'enfant figurant comme créancier ou comme acquéreur ; si la position pécuniaire de l'un ou de l'autre plaçait le père hors de toute nécessité d'emprunter ou de vendre, et le fils dans l'impossibilité d'acquiescer ou de prêter ; enfin, s'il est dans l'impuissance de rendre un compte satisfaisant de l'emploi des fonds, l'acte pourra ne paraître qu'une libéralité sujette à réduction. La qualité des parties a d'ailleurs son importance. En effet, si elle n'établit pas de plein droit la fraude, elle est dans le cas de la faire facilement présumer.

1692. — Mais la présomption légale de fraude est admise à l'égard des aliénations dont parle l'article 918. Ainsi les ventes faites à un successible en ligne directe, soit à rente viagère et à fonds perdu, soit sous réserve d'usufruit, sont

¹ *Revue de législation* de Wolowski, t. I, 1847, p. 435.
Faut en outre Guibon, *Donat.*, t. I, n^o 269, p. 266 ; Delvincourt, t. II, p. 731, n^o 4 ; Dupont-Laville, v^o *Quot.*

disp., t. V, n^o 715 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, Vaucluse, des *Donat.*, sur l'art. 1094.

² J. D. P., t. II, 1846, p. 645.

considérées comme de pures libéralités. Toutefois, et par une dérogation aux effets ordinaires de la fraude, ces ventes produisent un double effet, à savoir : le transfert de la propriété sur la tête du prétendu acquéreur ; le droit de retenir et de s'attribuer la quotité disponible. L'unique obligation imposée par la loi à l'enfant acquéreur est de faire raison à la masse de tout ce qui excède la quotité disponible.

Bien entendu que ce rapport peut être exigé et doit être opéré dans de justes proportions avec la valeur réelle des objets vendus. Il peut se faire que le prix, s'il en a été stipulé un, ait été uniquement établi dans l'intérêt de l'acheteur, que le vendeur a voulu favoriser. Les autres enfants seraient donc admissibles à en contester la vérité et l'exactitude. On doit d'autant plus se montrer sévère à cet égard, que la vente emportant l'aliénation de la quotité disponible, tout autre avantage résultant du défaut de sincérité du prix constituerait une atteinte à la réserve légale des enfants.

1693. — L'article 918 est remarquable sous un autre rapport. Il consacre, en effet, une exception formelle à cette règle de morale publique qu'on ne peut traiter sur succession future. Le successible, qui s'engagerait conventionnellement à ne pas exiger le rapport de libéralités excessives, traiterait évidemment sur succession future. Or, non-seulement l'article 918 fait résulter cette interdiction du consentement donné pendant la vie du père à la vente à rente viagère, ou à fonds perdu, ou sous réserve d'usufruit, mais il en valide encore les effets.

Ainsi le droit des enfants à exiger le rapport ne s'ouvrira qu'au décès du père, et déjà, celui-ci se réalisant, l'exercice de ce droit sera irrecevable. Cette fin de non-recevoir anticipée nous paraît dangereuse, car elle résulte d'un fait que l'enfant n'a pas pu peut-être ne pas accomplir. En effet, le père est libre de dissiper sa fortune, de la dénaturer, pour en priver ses enfants. Dans le désir de favoriser l'un d'eux, ne mettra-t-il pas les autres dans la nécessité de consentir à la vente qu'il fait, en les plaçant entre l'alternative de consentir ou de subir les effets du pouvoir que nous indiquons ? Ce que cette menace est dans le cas de faire, peut, dans une autre occurrence, être produit par la seule crainte révérentielle. Est-il dès lors rationnel et juste de maintenir une spoliation arrachée à l'un de ces sentiments ?

Quoi qu'il en soit, la loi étant formelle, il n'y a pas à hésiter. Le consentement donné à la vente par le successible lui imprime, à son

endroit, le caractère d'aliénation à titre onéreux et dispense conséquemment l'acheteur de tout rapport. Mais cet effet est spécial à celui ou à ceux qui ont consenti. Si d'autres successibles existent et qu'ils soient demeurés étrangers à la vente, celle-ci conserve, par rapport à eux, le caractère de libéralité que lui affecte l'article 918, et les effets qui en sont la conséquence.

1694. — Il résulte encore des termes de notre article qu'il n'y a que les aliénations faites à un successible en ligne directe qui soient considérées comme de pures libéralités. En conséquence les ventes faites à un collatéral, soit à rente viagère et à fonds perdu, soit sous réserve d'usufruit, doivent sortir à effet, comme actes à titre onéreux. A plus forte raison en serait-il de même pour celles intervenues avec un étranger. Les nôtres et les autres peuvent cependant être querellées de simulation et déclarées réductibles, si elles sont prouvées n'être que des donations dépassant la quotité disponible, ou bien s'il est soutenu et justifié que l'acheteur apparent n'est en réalité qu'un intermédiaire chargé de rendre les choses présumées vendues à l'un des successibles.

1695. — L'indisponibilité consacrée par la loi n'ayant d'autre fondement que la conservation des droits des héritiers réservataires, il en résulte qu'à ceux-ci seuls appartient l'action en nullité ou en réduction de toute libéralité faite au mépris de ces droits. Mais cette action n'est pas tellement personnelle que la négligence que l'héritier mettrait à l'intenter, ou l'abandon qu'il en ferait, dût en entraîner la perte absolue et définitive. Ses créanciers, voyant dans l'une ou dans l'autre une fraude à leur préjudice, pourraient eux-mêmes l'intenter, soit en force de l'article 1166, soit par application de l'article 1167.

Mais l'exercice de la faculté de demander la réduction des avantages excessifs et le rapport de l'excédant, ne saurait être revendiqué par les légataires autres que les héritiers légitimes. C'est ce qui est textuellement écrit dans l'article 857, mettant sur la même ligne les légataires et les créanciers de la succession.

1696. — Mais il n'en serait pas ainsi des avantages excessifs faits à l'enfant naturel et à l'enfant adultérin ou incestueux. Ils ne sont héritiers ni l'un ni l'autre, et la prohibition de leur donner au delà de ce que chacun d'eux doit recevoir, fondée sur des raisons de morale, est d'ordre public et d'intérêt général.

Il suffit donc d'avoir intérêt à la stricte observation de cette prohibition pour être recevable à,

en poursuivre l'exécution. Or, cet intérêt ne saurait être méconnu dans celui qui, à défaut d'héritiers directs, est appelé à appréhender la succession chez les créanciers de cette succession.

Ils pourront donc non-seulement exiger que l'enfant naturel, que l'enfant adultérin ou incestueux ne prenne dans l'hérédité que jusqu'à concurrence de la quotité déterminée par la loi, mais encore faire imputer sur cette quotité tout ce que l'enfant peut avoir reçu du vivant de son père ou de sa mère, et, en cas d'excès, le contraindre à rapport.

Il y a même plus, ils peuvent refuser à l'enfant naturel la réserve à laquelle l'article 757 l'autorise à prétendre. Ce droit, ils le puisent dans la faculté que leur reconnaît l'article 339 de contester la reconnaissance dont il a été l'objet, droit tellement énergique, qu'il n'est pas même effacé par la légitimation par mariage subséquent ¹.

1697. — L'effet produit par la qualité d'enfant naturel, adultérin ou incestueux est, quant aux libéralités directes ou indirectes qui pourraient leur être faites, identique à celui produit par les autres incapacités. On doit donc le régir par les principes et lui appliquer les règles que nous avons exposés, et auxquels nous nous bornons à renvoyer ².

1698. — La donation régulière, sous le rapport de la capacité des parties, peut, dans son exécution, donner naissance à la fraude, soit de la part du donateur contre le donataire, soit de la part de celui-ci contre le donateur, soit enfin par l'un et l'autre contre les créanciers du donataire. Nous allons parcourir les principales d'entre elles.

Le donataire est, par rapport aux biens donnés, l'ayant cause du donateur pour tout ce qui a précédé la donation. L'acceptation régulière de celle-ci fait cesser cette qualité pour l'avenir. Seul propriétaire des biens donnés, le donataire ne répond plus que de son propre fait. Nul autre que lui ne peut désormais gérer et administrer, vendre ou affecter ces mêmes biens.

Or, rien de plus ambuleux que la volonté humaine. Celui qui la veille était tout affection, qui n'a pas hésité à se dépouiller d'une partie plus ou moins considérable de ses biens, en est aux regrets le lendemain; il ne voit plus qu'un ennemi dans le possesseur de ses biens, et la même ardeur qu'il apportait naguère à consentir ce bienfait, il la mettra bientôt à en effacer ou

à en amoindrir les conséquences; et, pour y parvenir, il ira quelquefois jusqu'à la plus honteuse indécatesse, jusqu'au crime.

1699. — Ainsi la survenance d'enfants est le moyen le plus énergique pour annuler la donation. Sa révocation en est la conséquence forcée, à tel point qu'elle s'opère de plein droit et d'une manière irrévocable.

Mais cette survenance d'enfants ne dépend pas de la volonté. Le mariage, même tenté dans cet espoir, peut ne pas la réaliser. C'est cette incertitude et ce doute, rendant la révocation ardemment désirée trop problématique, qui inspireront la pensée de recourir à la fraude.

Or, dans l'espèce, la fraude consistera dans la supposition de part, si, marié depuis longtemps, le donateur a perdu l'espoir d'une paternité légitime; dans la légitimation de l'enfant d'autrui par un mariage subséquent, s'il n'a jamais été marié ou qu'il ne le soit plus depuis la donation.

La supposition de part est un crime que la loi punit avec une juste sévérité. Ce caractère et l'infamie résultant de la condamnation en rendent le danger moins redoutable. Cependant, comme elle n'est pas sans exemple, nous avons dû la prévoir et en déterminer les effets.

La supposition de part peut être reprochable au donateur. Elle peut aussi avoir été ignorée de lui et exécutée sans son concours et contre sa volonté. On comprend, en effet, qu'une épouse, se voyant exhéredée par une donation en faveur d'un tiers, cherche dans le crime le moyen de se soustraire à cette conséquence, en simulant une fausse maternité qui non-seulement révoquera la donation, mais qui lui conférera éventuellement des droits sur les biens de son époux, du chef de son prétendu enfant. Cette simulation peut se réaliser du vivant du mari, ou dans les neuf mois qui suivent sa mort. C'est cette dernière dont fut convaincue la femme que le parlement de Paris condamnait, le 11 mars 1750, à faire amende honorable et au bannissement perpétuel.

De quelque manière que le crime ait été commis, que le donateur en ait été le complice ou qu'il l'ait ignoré, l'effet est identique. L'intérêt du donataire se trouvant gravement compromis, il a le droit incontestable de quereller la paternité prétendue et d'en démontrer le caractère frauduleux. La preuve qu'il demanderait à faire serait donc recevable.

Mais on comprend que son admissibilité ne

¹ Bordeaux, 10 avril 1845; J. D. P., t. II, 1845, p. 751.

² Voy. *supra*, n^{os} 1360 et suiv.

serait prononcée qu'en tant que les faits par lui cotés auraient un caractère de haute gravité et rendraient le crime vraisemblable. Ce n'est pas sur des soupçons vagues, sur une probabilité plus ou moins problématique que la justice autoriserait un litige dont l'indéfectible scandale, qu'un amer désappointement fait naître, serait de nature à compromettre l'avenir d'une famille innocente¹.

1700. — La légitimation de l'enfant d'autrui par mariage subséquent n'a rien de coupable aux yeux de la loi pénale. Ce caractère la rend beaucoup plus à redouter pour le sort futur de la donation. On adopte bien l'enfant d'autrui, pourquoi refuserait-on de reconnaître mensongèrement celui qui ne nous a jamais appartenu, lorsqu'à l'affection qui détermine le mariage avec le père ou la mère, affection qui peut s'étendre à l'enfant, se réunit la satisfaction de se venger du donataire qu'on s'était choisi et de reprendre cette fortune dont on regrette tant l'abandon?

1701. — Le droit de contester la révocation, de la faire repousser par la preuve de la fausseté de la paternité alléguée, non dénié dans le cas de supposition de part, l'a été dans celui d'une légitimation mensongère. On ne pourrait exercer ce droit, dit Chardon, qu'en prouvant que l'enfant a pour père un autre individu, et la recherche de la paternité est interdite².

Mais le motif allégué par cet auteur existerait dans toutes les hypothèses où la reconnaissance d'un enfant émanerait du père. Or, l'article 339 ne fait aucune distinction lorsqu'il permet à tous les ayants droit de contester cette reconnaissance.

Cette disposition nous paraît condamner la doctrine de Chardon. La légitimation est, dans tous les cas, précédée forcément de la reconnaissance. Pour qu'un enfant soit légitimé, il faut qu'il appartienne à l'auteur de la légitimation, et cela ne peut être acquis que par la reconnaissance qu'en fait celui-ci.

En conséquence, contester cette reconnaissance, la faire annuler, c'est rendre toute légitimation ultérieure impossible. Donc, à proprement parler, il ne saurait y avoir de contestation sur la légitimité; attaquer celle-ci, c'est attaquer la reconnaissance, et, à cet égard, le droit du donataire est formellement écrit dans l'article 339.

Lui contester ce droit parce que la reconnaissance a été suivie de la légitimation, c'est donc violer cet article, c'est, en quelque sorte, l'effa-

cer du Code en subordonnant l'exercice de la faculté qu'il confère à un fait personnel à la partie intéressée, en en restreignant l'application au cas où la légitimation est impossible matériellement.

Il est, en effet, facile de prévoir que ce n'est pas sans intérêt, sans motif qu'on reconnaît un enfant naturel. Donc, les raisons qui poussent à cette reconnaissance exigeront qu'on la mette à l'abri de toute attaque. Or, si la légitimation suffit pour anéantir la faculté accordée par l'article 339, on ne manquera pas d'y procéder, à moins que le précédent de la mère n'y apporte un invincible obstacle, ou qu'engagées dans les liens d'un mariage actuel, les parties ne puissent s'unir entre elles.

Un pareil résultat, livré à la volonté exclusive des parties, amènerait infailliblement le triomphe de la fraude; il n'a donc pu être consacré par le législateur. Sans doute, la faculté de contester la légitimation n'est nulle part écrite dans la loi, mais celle de quereller la reconnaissance existe et elle est suffisante. C'est celle-ci, et non la légitimation, qu'on attaquera, et la preuve de la fausseté de l'une entraînera la chute de l'autre, qui, supposant *a priori* la certitude de la paternité, devient impossible dès que la certitude contraire est acquise.

Est-il vrai, d'ailleurs, que dans notre hypothèse il faille, comme le dit Chardon, prouver qu'un autre individu est le père de l'enfant? Évidemment non. Ce qu'il s'agit d'établir, c'est que celui qui a reconnu et légitimé l'enfant n'en est pas le père. Cette recherche, abstraction faite de toute autre paternité, ne viole en rien la maxime incontestable invoquée par Chardon. Ce que la loi interdit, c'est la recherche dont il devrait résulter qu'un individu désigné est le père de l'enfant. C'est ainsi que toute action ayant pour objet d'établir que le mari de la mère est le père de l'enfant, est sévèrement prohibée à défaut d'acte de naissance conforme à cette prétention.

Mais vouloir prouver qu'un individu n'est pas le père de l'enfant, ce n'est pas prouver que cette qualité appartient à tel autre. Conséquemment, la prohibition de cette dernière preuve ne peut s'appliquer à la première; ce qui le prouve, c'est que la loi qui défend la recherche de la paternité permet de contester la reconnaissance. Or, comment le faire, s'il n'était pas permis de justifier que celui qui accepte la paternité n'est pas réellement le père de l'enfant?

¹ *Idem supra*, n° 891 et suiv.

² *Dol et Fraud.*, t. II, n° 301, p. 516.

Ce qui le prouve encore, c'est que, dans une autre circonstance, la loi admet formellement cette justification, elle qui prohibe la recherche de la paternité.

Ainsi, l'enfant qui prouve qu'au moment de sa conception sa mère était dans les liens d'un mariage légitime, est présumé, par cela même, l'enfant du mari : *Pater is est, etc.* Cependant, et malgré l'empire de cette maxime célèbre, l'article 325 réserve au mari ou à ses héritiers la preuve contraire, et il fait consister cette preuve contraire dans tous moyens propres à établir que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant.

Dénier la paternité de l'un, n'est pas rechercher la paternité de l'autre. En d'autres termes, prétendre que l'enfant n'a pas tel ou tel père, ce n'est pas se livrer à la recherche de la paternité. Celle-ci n'existe qu'à la condition que la solution de la difficulté aurait pour résultat nécessaire d'attribuer cette paternité à une personne déterminée. Il y a fort loin de cette hypothèse à celle d'une instance n'ayant pour objet que d'établir la fausseté d'une déclaration intéressée.

On ne saurait donc admettre l'opinion de Chardon. Elle est repoussée par le texte et par l'esprit de la loi.

1702. — Elle est également repoussée par la jurisprudence. Il est vrai que les monuments de celle-ci sont peu nombreux. Un seul s'est offert à nos recherches, c'est l'arrêt de Bordeaux, du 10 avril 1845, que nous avons déjà indiqué.

Dans cette espèce, il s'agissait de la révocation d'une donation, par suite de la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent.

Le donataire contestant la révocation soutenait et offrait de prouver que cette légitimation était frauduleuse et mensongère. A cette prétention on opposait, comme fin de non-recevoir, les effets de la légitimation qui, assimilant celui qui en est l'objet à l'enfant né pendant mariage, le couvrait de la faveur accordée à celui-ci par l'article 312. Il importait peu, ajoutait-on, que la légitimation ait dû être et ait été précédée de la reconnaissance comme enfant naturel. Les dispositions de la loi qui permettent d'attaquer cette reconnaissance ne sauraient être étendues d'un cas à un autre, et ne s'appliquent qu'à l'enfant naturel qui ne reçoit pas le bienfait de la légitimation.

La cour de Bordeaux consacra l'opinion contraire. La réponse aux moyens que nous venons d'indiquer se trouve dans l'arrêt dont nous transcrivons les motifs :

« Attendu que, quels que soient les droits accordés par l'article 333 aux enfants légitimés par le mariage subséquent, il y a cependant une différence essentielle entre ces enfants et ceux conçus pendant le mariage, aux termes de l'article 312; que ceux-ci sont investis de la légitimité par le seul fait de leur conception pendant le mariage, tandis que les premiers, jusqu'au moment de leur légitimation, n'ont dû être considérés que comme enfants naturels, et qu'ils ne sont devenus légitimes que par la reconnaissance de leurs père et mère; qu'ils ne sont donc en réalité que des enfants naturels reconnus, et que, sous ce rapport, les tiers peuvent se prévaloir, contre leur reconnaissance, des droits qui leur sont accordés par l'article 339 du Code civil;

« Attendu que les faits articulés par les appelants sont de la plus grande gravité; que plusieurs circonstances de la cause les rendent vraisemblables, et que, prouvés qu'ils fussent, il en résulterait que la reconnaissance de l'enfant naturel d'Ance Berthe a été frauduleusement pratiquée pour parvenir à la révocation de l'acte du 28 août 1838; que, sous ce rapport, il y aurait lieu d'admettre les appels à la preuve des faits par eux articulés ¹. »

Le moyen tiré de la recherche de la paternité ne paraît pas avoir été soumis à la cour. Mais l'accueil qui lui était réservé n'est pas douteux, par l'application logique que la cour fait de l'article 339.

En résumé, il n'y a nulle distinction à faire, quant au droit du donataire, entre le cas de supposition de part et celui de légitimation par mariage subséquent. L'identité d'intérêt dans l'un et dans l'autre doit faire consacrer la légalité de sa résistance et sa réussite, si la prévention alléguée est justifiée par la preuve qu'il est recevable à fournir.

1703. — La survenance d'enfants peut avoir son origine dans un fait non moins frauduleux, dans l'adultère.

Les mêmes motifs qui pousseront la femme, qui détermineront le mari à consentir à la supposition de part, sont de nature à les amener, soit de concert, soit à l'insu l'un de l'autre, à recourir à un moyen, beaucoup moins périlleux pour eux, d'arriver à cette paternité que la nature leur a refusée, et à atteindre ainsi avec beaucoup moins de risques à un résultat aussi décisif, aussi utile. On comprend que contre une fraude de ce genre, il n'y a aucun remède possi-

¹ J. D. P., t. II, 1845, p. 534.

ble. Il n'y aurait donc qu'à en subir toutes les conséquences, quelque graves qu'elles fussent.

En effet, la légitimité de l'enfant conçu pendant le mariage ne supporte d'autre contradiction possible que celle qui résulterait du désaveu du père. Or, ce désaveu n'est pas toujours recevable, et, en supposant qu'il fût loisible au père de l'intenter, il ne le ferait certainement pas si l'adultère de la femme avait été arrêté entre elle et lui.

Toutes ces hypothèses ne sont, sans doute, que des suppositions pouvant paraître impossibles à se réaliser; mais nos fastes judiciaires témoignent assez énergiquement qu'on peut, sans trop de témérité, les prévoir et s'en occuper.

1704. — Indépendamment de ces fraudes, le donataire est exposé à en subir beaucoup d'autres qui, moins criminelles aux yeux de la morale, ne laisseront pas que d'avoir pour lui l'effet d'annuler ou d'amoindrir considérablement ses droits. En tête de celles-ci, figure la faculté que conserve le donateur d'aliéner et de dissiper la fortune qu'il a conservée en dehors de la donation. En effet, l'existence d'héritiers réservataires peut amener la réduction forcée de cette donation si, au décès du donateur, les biens donnés sont devenus le seul actif de la succession.

Le donateur qui a des héritiers à réserve est donc, en réalité, le maître d'amoindrir plus ou moins le bénéfice de la donation, en aliénant et dissipant les ressources qu'il s'était conservées. Or, cette conduite peut être la conséquence légitime des besoins que des circonstances malheureuses, que des revers de fortune lui ont imposés. Dans ce cas, la sincérité des aliénations laisserait le donataire sans aucun moyen d'échapper à la réduction.

1705. — Mais les aliénations peuvent n'être qu'apparentes; ce que le donateur a fait lui aura été inspiré par le désir de revenir sur son bien-fait, qu'il a voulu diminuer, dans l'impossibilité de le révoquer intégralement. Dans cette hypothèse, les droits du donataire sont les mêmes que dans celle de la fraude; il pourra donc quereller de simulation les obligations souscrites, les ventes consenties, et, par la preuve qu'il est recevable à en fournir, échapper à la réduction le menaçant.

1706. — La faculté de retenir l'usufruit de ce qu'on donne ne saurait être contestée. Cette réserve ne change nullement la nature de l'acte; elle restreint seulement la libéralité à la nue propriété, à laquelle viendra se réunir la jouis-

sance à une époque déterminée. L'abus de cet usufruit peut devenir l'occasion de nombreuses fraudes.

En général, et sauf les objets qui se consomment ou se détériorent par l'usage, le devoir et le droit de l'usufruitier se résument dans cette simple proposition : *Jouir et conserver*. Cette dernière condition distingue sa possession de celle du propriétaire, dont la volonté, relativement à la disposition de sa chose, ne reconnaît aucune limite.

La fraude, caractérisée par l'abus de la jouissance, est facile à saisir. Ses conséquences se mesurent sur sa gravité; c'est tantôt l'extinction complète de l'usufruit sans indemnité, tantôt sa conversion en une prestation annuelle, calculée sur les revenus des biens sur lesquels il était exercé, ou résultant de baux consentis à des tiers. L'un et l'autre parti sont avoués par la raison et la justice. L'usufruit doit cesser, parce qu'on ne saurait permettre la continuation d'un état de choses dommageable pour le propriétaire; d'autre part, le préjudice peut être tel, que la seule réparation convenable soit la déchéance absolue du droit. Sa minuité ou son caractère doit laisser le droit continuer à s'exercer, mais dans un mode différent, réservant efficacement l'avenir. Au reste, à cet égard la loi s'en rapporte à la prudence du juge; c'est ce qu'indiquent les termes de l'article 618.

1707. — La négligence que l'usufruitier mettrait dans la conservation du fonds est assimilée, par la loi, aux dégradations dont il se serait rendu coupable. Les résultats des uns et de l'autre étant identiques, ou ne pouvait les distinguer quant à leurs effets. Aussi l'article 618 les met-il sur la même ligne et en fait-il également dépendre la cessation de l'usufruit.

1708. — Mais cette négligence pouvait être une fraude concertée entre le propriétaire et l'usufruitier, à l'effet de nuire aux créanciers de celui-ci, en motivant ainsi la cessation de son usufruit. La prévision de cette fraude a déterminé le législateur à autoriser l'intervention de ces créanciers dans toutes les contestations pouvant avoir pour objet la déchéance de leur débiteur.

Cette intervention peut avoir un double objet. Les créanciers sont autorisés à demander la continuation de l'usufruit, en offrant la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir; dans le cas de conversion en une prestation annuelle, faire ordonner que la somme arbitraire, comme condition de la mise en possession du propriétaire, leur sera directement payée

par celui-ci ou par le fermier qui sera député par les parties.

1709. — L'article 614 nous fournit un second exemple de négligence équivalant à la fraude. L'usufruitier doit déconcer au propriétaire les usurpations ou les attentats qu'un tiers commettrait sur les biens dont il a la jouissance. Faute de ce, ajoute l'article, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait des dégradations commises par lui-même. Ces derniers mots fixent la nature de la responsabilité imposée à l'usufruitier; puisqu'elle est la même que celle qu'il encourt pour ses propres dégradations, elle aurait inévitablement pour conséquence, comme celle-ci, la déchéance de l'usufruit ou sa conversion en une somme déterminée et annuellement payable.

Ainsi, il y a fraude chez l'usufruitier non-seulement lorsqu'il fait ce qu'il ne devrait pas, mais encore lorsqu'il s'abstient d'accomplir ce qu'il est tenu de faire. De ce principe, il résulte qu'il encourt la peine prononcée par la loi :

1^o S'il laisse acquérir, par prescription, des droits de servitude ou autres sur les immeubles;

2^o Si, possesseur des titres de créance, il en laisse prescrire les effets faute de poursuites, ou périmen les hypothèques en ne renouvelant pas les inscriptions;

3^o S'il n'acquiesce pas les charges qui lui sont imposées par la loi ou par le titre;

4^o Enfin, s'il change abusivement l'état des lieux; s'il démolit tout ou partie des bâtiments; s'il enlève les clôtures; s'il intervertit le mode de cultures; s'il anticipe sur la coupe des taillis, ou s'il use des futaies autrement que de la manière réglée par les articles 591 et 592 du Code civil.

1710. — Il est certain que ce sont là autant de faits illicites et dommageables; mais leur nocuité varie nécessairement, et cette diversité dans les conséquences détermine une différence dans les effets, quant à la peine. Nous venons de dire que cette peine consiste dans la cessation absolue de l'usufruit ou dans la conversion en une prestation annuelle, et qu'arbitres uniques de la réparation due au propriétaire, les tribunaux peuvent, au gré de leur conscience, prononcer l'une ou l'autre. Nous ajoutons que ce qui importe, en pareille matière, c'est de faire cesser l'abus, en mettant fin à l'usufruit; mais la perte du droit ne doit être admise que dans les cas rares dans lesquels l'énormité du préjudice est prouvée tenir exclusivement à une volonté perverse.

Dans cette hypothèse, il n'y a pas à hésiter. L'usufruitier doit être déchu, malgré la caution qu'il aurait fournie, malgré l'offre qu'il ferait d'en fournir une, s'il n'en existait pas précédemment. L'existence d'une caution, n'empêchant pas le mal de se produire; ne suffit pas toujours pour en réparer convenablement les conséquences : *Satisfactio propositum malevolum non mutat, sed diu grassandi in re familiari facultatum præstat*¹. Il vaut mieux d'ailleurs prévenir que réparer, et lorsque des malversations graves, émanées d'une intention mauvaise, viennent inspirer des craintes sérieuses, il n'y a que la perte du droit qui puisse justement punir le passé et assurer l'avenir.

1711. — La faculté de recourir à cette peine sévère reçoit exception lorsque l'usufruit n'a pas été constitué à titre purement lucratif. On peut, en effet, révoquer une libéralité dont le bénéficiaire s'est montré indigne; mais renverser, détruire un droit qu'on a acquis en s'imposant des sacrifices, ce serait punir l'injustice par une injustice non moins flagrante. En conséquence, l'abus de jouissance dans un usufruit, réservé dans le cas d'une vente ou d'une donation, doit amener la fin matérielle de la jouissance, mais le droit doit être maintenu par la conversion en une prestation annuelle, équivalente à cette même jouissance.

1712. — Le père, usufruitier des biens de ses enfants tant qu'ils n'ont pas atteint leur dix-huitième année, est soumis à tous les devoirs des usufruitiers ordinaires. L'abus de jouissance, les dégradations qu'il commettrait volontairement ou par négligence sur les biens le rendraient passible de l'application de l'article 618.

Mais l'exécution de la condamnation serait difficile à assurer tant que le père conserverait la tutelle de ses enfants. Quelle garantie aurait-on que, dans l'administration des biens qu'il conserverait, le tuteur ne marcherait pas sur les mêmes errements que l'usufruitier?

1713. — Le père peut ne pas se contenter d'abuser de son usufruit; on aura peut-être à lui reprocher de ne pas en remplir les charges, notamment celle de nourrir et d'entretenir ses enfants, de veiller à leur éducation. Ses torts mêmes peuvent acquiesce un tel degré de gravité, qu'il mérite d'être destitué de la tutelle. Cette hypothèse se réalisant, la perte de la tutelle entraînera-t-elle celle de l'usufruit légal?

Cette question est d'autant plus délicate, que la solution affirmative ne peut s'étayer d'aucun

¹ Inst., lib. I, tit. XXVI, n^o 12.

texte formel, et c'est cependant cette solution qu'exigent incontestablement la raison et la justice.

On comprend cependant que l'absence de toute disposition législative, rapprochée du caractère de l'usufruit légal, ait porté plusieurs jurisconsultes à embrasser l'opinion contraire. Toullier, entre autres, enseigne la négative. Il lui paraît que l'usufruit légal, attribut de la puissance paternelle, restant indépendant de la tutelle, la perte ou l'exclusion de celle-ci ne saurait en déterminer la cessation.

La jurisprudence s'est divisée sur la solution à donner à la question. La cour de Limoges, par arrêt des 16 juillet 1807 et 2 avril 1810, a déclaré l'usufruit éteint par la perte de la tutelle, mais elle n'arrive à ce résultat qu'en assimilant à la veuve qui se remarie, celle qui vit, hors le mariage, dans un état d'inconduite notoire et qui donne le jour à des enfants naturels.

Le 28 décembre 1810, la cour de Paris a jugé le contraire en décidant, qu'aux termes des dispositions du Code civil, le père destiné de la tutelle de ses enfants ne perd pas pour cela l'usufruit de leurs biens jusqu'à l'époque fixée par la loi.

Enfin, le 30 juillet 1813, la Cour d'Aix a maintenu un tuteur destitué dans la jouissance des biens de ses enfants. Néanmoins, elle ordonne que le nouveau tuteur prendra l'administration de ces biens, à charge d'en rendre compte à l'usufruitier légal. Cet arrêt se fonde sur ce que l'usufruit légal, indépendant de la tutelle, est un attribut de la puissance paternelle, et que celle-ci étant indélébile ne reçoit aucune atteinte des faits entraînant la perte de l'autre.

La doctrine de ces deux derniers arrêts pourrait être juridique, mais, évidemment, elle n'est pas soutenable sous le rapport de l'équité naturelle, ainsi que le remarque fort justement Chardon. Il répugne, en effet, à la saine raison d'admettre que le père assez oublieux des sentiments que ses enfants devraient trouver en lui pour répudier la mission que leur tutelle lui impose; que celui, plus coupable encore, qui, ayant accepté la direction de leur personne et la défense de leurs intérêts, s'est montré indigne de l'un ou de l'autre, puisse conserver le droit de jouir de leurs biens et en percevoir les revenus. La cour d'Aix semble elle-même partager ce sentiment en corrigeant, par un tempérament que rien d'ailleurs n'autorise, la doctrine qu'elle croit devoir sanctionner.

Cette considération ne manque pas d'impor-

tañce réelle; en l'admettant vraie, elle préjuge quelque peu la question. Comment présumer, en effet, que le législateur ait voulu se placer en contradiction flagrante avec l'équité naturelle?

Sous le rapport du droit, la solution des cours d'appel de Paris et d'Aix nous paraît fort contestable. Sans doute la jouissance légale des biens des mineurs est un attribut de la puissance paternelle; mais celle-ci ne consiste pas seulement dans les avantages qu'elle procure, elle crée également des obligations et des devoirs corrélatifs, indivisibles. A quel titre donc celui qui a méconnu, violé ces derniers, viendrait-il revendiquer les autres?

A cet égard, la pensée du législateur nous est clairement indiquée par ses actes. La manière dont il a compris la puissance paternelle se développe tout entière dans le soin qu'il met à ne parler des avantages qu'elle doit conférer qu'après avoir soigneusement relevé toutes les charges devant la grever. « Après avoir constitué la puissance paternelle, disait Rêal, établi les devoirs qu'elle impose, les droits qu'elle accorde, fixé ses limites et sa durée; après avoir ainsi, de concert avec la nature, donné des aliments, des défenseurs à l'enfance; des soins, de l'instruction, une bonne éducation à la jeunesse; c'est-à-dire, après avoir établi quels sont les *droits onéreux attachés à l'exercice de la puissance paternelle*, le législateur a dû en déterminer les *droits utiles*. » C'est à ce titre que l'usufruit légal est immédiatement proposé.

Ainsi, cet usufruit n'est pas constitué à titre purement lucratif. Attribut utile de la puissance paternelle, il suppose nécessairement l'accomplissement des droits onéreux que son exercice impose. Celui-là donc qui recule devant cet exercice, qui ne veut ou ne peut, comme indigne, subir les obligations qui en découlent, ne saurait prétendre en revendiquer les droits utiles.

L'usufruit étant donc un contrat dans lequel la loi stipule pour les enfants, son exécution ne saurait être divisée. La jouissance du père est soumise à la condition qu'il accomplira, de son côté, les devoirs que la nature et la loi lui imposent. S'il ne remplit pas cette condition, il renonce au contrat, qui doit, dès lors, être brisé dans toutes ses parties. C'est ce que la cour de Paris a consacré elle-même en jugeant, le 4 février 1832, que le père qui laisse ses enfants dans le dénûment et qui ne pourvoit ni à leur nourriture, ni à leur entretien, ni à leur éducation, doit être privé de son usufruit légal.

Pourquoi ne le déciderait-on pas ainsi pour la perte de la tutelle? Le père qui l'abandonne ou qui en est exclu n'exerce plus une des charges de l'usufruit. La gravité des causes ayant fait prononcer l'exclusion, n'atteindra-t-elle pas celle qui s'attache à la violation des autres devoirs? Qu'importe que le père nourrisse et entretienne ses enfants, qu'il leur donne matériellement l'éducation, si sa conduite et ses exemples sont de nature à pervertir leur cœur, égarer leur raison, à les entraîner à l'inconduite et au mal? Empoisonner moralement ses enfants, n'est-ce pas pire que de leur refuser les soins qu'exigent leur nourriture, leur entretien, leur éducation? La perte de l'usufruit, admise dans ce dernier cas, ne peut être repoussée dans le premier, sans la plus complète irrationalité.

Mais, dit-on, l'article 386 ne met pas la perte de la tutelle au nombre des causes faisant cesser l'usufruit; donc prononcer cette cessation sur ce motif, c'est ajouter à la loi et la méconnaître.

Nous répondons qu'il est des conséquences tellement logiques, que la loi n'a pas dû les exprimer. Dès qu'aux yeux du législateur la jouissance du père était corrélatrice à l'accomplissement de ses devoirs, il n'y avait plus qu'à s'en référer aux principes généraux sur l'effet de l'indivisibilité des contrats. Ainsi, la loi ne dit nulle part que l'abus de la jouissance fera cesser l'usufruit du père. Cependant l'affirmative est, sans contestation, admise par tout le monde, dans les conditions de l'article 618.

Nous répondons ensuite que l'article 386 n'a rien de limitatif; qu'il se borne à examiner deux cas dans lesquels un doute plus ou moins sérieux pouvait d'autant plus naître, que dans chacun d'eux la conduite du père ou de la mère pouvait être matériellement et moralement irréprochable. Ainsi, par exemple, la mère se remarquant peut être maintenue dans la tutelle. Donc, puisque le législateur entendait la priver de l'usufruit, il devait s'en expliquer formellement. Mais conclure de ce qu'il l'a fait, que la cessation de l'usufruit se restreint dans les deux hypothèses de l'article 386, c'est donner à cette disposition une étendue qu'elle ne comporte pas.

L'article 386 est si peu limitatif, que la loi elle-même prononce la suppression de l'usufruit dans des hypothèses autres que celles qui y sont prévues. Nous en trouvons deux exemples notables dans les articles 1442 du Code civil et 333 du Code pénal. Le premier de ces articles fournirait à notre opinion un *a fortiori* incontestable. Quoi! le père qui néglige de faire inventaire

à la dissolution de la communauté perdra son usufruit légal, et celui qui a été ignominieusement destitué de la tutelle pourra impunément le conserver?

L'article 386 n'est donc pas limitatif. Les hypothèses qu'il suppose s'étendent non-seulement aux autres cas prévus par la loi, mais encore à ceux résultant d'une incontestable analogie. L'effet de celle-ci a été dès longtemps admis.

Ainsi l'article exige, pour que la mère perde son usufruit légal, qu'elle ait convolé à de nouvelles noces. Or, la conséquence immédiate du caractère restrictif qu'on donnerait à cet article serait que la mère qui, sans se remarier, se livrerait à la débauche la plus notoire, devrait conserver cet usufruit. C'est cependant le contraire qui a été bien des fois consacré. La cour de Limoges, qui le jugeait ainsi en 1807 et en 1810, le décidait de nouveau le 25 juillet 1824. C'est dans le même sens que la cour de Lyon se prononçait, par arrêt du 22 décembre 1829.

Proudhon applaudit à ces décisions. En s'abandonnant à la débauche, dit-il, la mère s'est rendue bien plus répréhensible envers ses enfants que si elle s'était remariée, puisque, au lieu de les porter à la vertu, elle leur donne l'exemple d'un dérèglement de mœurs; qu'ayant mérité de perdre la tutelle par une inconduite notoire, et ses enfants devant cesser de lui être confiés, il serait injuste qu'elle conservât encore la jouissance de leurs biens, lorsqu'elle s'est rendue indigne de conserver l'administration de leur personne¹.

Nous applaudissons aux décisions des cours de Lyon et de Limoges, nous admettons l'évidente justice des considérations de Proudhon. Mais il faudrait cependant les repousser, si l'article 386 avait le caractère restrictif qu'on lui suppose et que nous ne saurions reconnaître. L'article 386 admet donc des analogies. La pensée du législateur, son application comportent des développements. Il n'y a donc pas à hésiter dans toutes les hypothèses dans lesquelles se rencontreront des motifs déterminants.

Or, ces motifs sont : d'une part, l'intérêt des enfants; de l'autre, l'inexécution des obligations qu'impose la puissance paternelle. L'usufruit légal n'a pas pour objet aujourd'hui d'enrichir le père, il est un encouragement à la loyale et fidèle exécution du mandat de défense et de direction qui lui est confié; une récompense de l'affection qu'il témoigne à ses enfants, des peines et soins qu'il s'impose à leur occasion; une

¹ *Usufr.*, t. I, n° 146.

indemnité des *droits onéreux* qu'il supporte.

Celui qui méconnaît et répudie ces devoirs, celui qui en est déclaré indigne, celui qui mérito de perdre la tutelle, cet autre attribut de la puissance paternelle, doit, bien plus encore que l'époux dont les torts motivent le divorce ou la séparation de corps, à bien plus juste titre que la mère qui se remarie, perdre par cela même tous les avantages qu'il ne doit recevoir quo comme une compensation des charges dont il est dispensé pour l'avenir¹.

1714. — L'aliénation des biens donnés, sentie après coup par le donateur, constitue une autre fraude dont celui-ci peut se rendre coupable. Cette fraude, à l'endroit des donations entre-vifs, ne peut se concevoir qu'au moyen de la simulation dans la date de la vente. Le caractère public de la donation ne permettrait pas l'hésitation, si la vente résultant d'un acte public se rapportait avec toute certitude à une époque postérieure à la donation. La fraude dont nous parlons sera donc de toute nécessité signalée par l'existence d'un acte sous seing privé, dont la date remontera à une époque détournée et antérieure à l'acte de donation. Nous nous sommes déjà occupés de cette hypothèse, nous n'avons donc pas à y revenir².

1715. — Il n'en est pas de même des donations à cause de mort. On sait que les articles 1082 et 1084 du Code civil permettent à toutes personnes de donner par contrat de mariage tout ou partie des biens qu'elles délaisseront au jour de leur décès, ou cumulativement leurs biens présents et ceux à venir.

Cette donation, qui est la véritable institution contractuelle de l'ancien droit, est irrévocablement acquise du jour du contrat, en ce sens que le donataire est héritier certain et incommutable du donateur; mais ses effets, son étendue, son émolument réel sont exclusivement subordonnés à la volonté du donateur et aux actes qu'il a pu souscrire de son vivant.

Celui-ci, en effet, n'est nullement enchaîné par l'obligation qu'il s'est imposée. Notre ancien droit ne lui faisait pas même perdre le droit de disposer de ses biens à titre gratuit. L'article 1083 respecte lui-même ce droit, en le restreignant, avec juste raison, aux donations pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Quant à celui de disposer à titre onéreux, de vendre, d'hypothéquer, il existe dans toute sa latitude.

Il est évident qu'il ne pouvait en être autre-

ment. Celui qui donne ce qu'il laissera à son décès prouve suffisamment par là son intention de ne s'imposer aucun gêne dans les occasions où des besoins personnels viendraient exiger l'aliénation partielle ou totale de sa fortune. Il ne promet qu'une seule chose, à savoir : que, ses propres exigences satisfaites, tout ce qu'il laissera après lui arrivera aux mains du donataire; en d'autres termes, il n'a fait qu'un testament renfermant exceptionnellement une institution irrévocable.

On comprend néanmoins que ce droit d'aliéner est plus que suffisant pour annuler de fait la donation. L'abus est bien près de l'usage. Vienne le repentir ou le regret, qu'une autre affection remplace la première, les immeubles disparaîtront; en d'autres prix, manuellement transmis, ne laissera aucune trace.

Cet inconvénient grave est aussi certain qu'il est inévitable. Celui qui peut ne pas donner est sans contredit parfaitement libre de choisir et de préférer le mode de libéralité le plus conforme à son intérêt personnel. Son choix arrêté, le donataire n'a plus qu'à le subir dans toutes ses conséquences, dont il n'a pu d'ailleurs se dissimuler la nature.

Ce qu'il a le droit d'exiger, c'est que la loi, en ce qui le concerne, soit pleinement et loyalement exécutée; que le donateur ne fasse pas de son droit un instrument de simulation et de fraude. L'article 1083, nous venons de le voir, défend toutes libéralités, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Les efforts tentés pour se soustraire à cette prohibition devraient être réprimés. Le donataire serait donc recevable à soutenir que les aliénations prétendues déguisent de véritables donations, et fondé à en obtenir dès lors l'annulation. Mais il serait tenu, dans tous les cas, de prouver la fraude dont il exciperait.

La donation des biens présents et à venir participe, quant à ces derniers, de celle que nous venons d'examiner. Définitive quant aux biens présents, elle ne confère qu'une expectative sur ceux que le donateur pourra plus tard acquérir.

Ce double caractère devrait-il avoir pour résultat une division dans les effets? Devrait-il être permis au donataire d'accepter pour les biens présents et de répudier pour les biens à venir, alors qu'au décès du donateur cette disposition devenait réellement onéreuse?

Le sort des créanciers, directement intéressés

¹ Chardon, *Don et Fraude*, t. II, n^o 328.

REDAIRE, 2.

² *Id. supra*, n^{os} 1281 et suiv.

dans la solution de ces questions, a dicté la conduite adoptée par le législateur. Pour que la division soit possible, il faut qu'un état des dettes actuellement dues soit rédigé au moment de la donation et annexé à l'acte. Cette précaution déterminant les charges du présent, le donataire pourra, en renonçant aux biens à venir, s'exonérer des dettes postérieures.

Si l'état n'a été ni rédigé, ni annexé, il y a une confusion absolue de toutes les charges, comme de tous les biens. Le donataire devra les payer toutes, à moins qu'il ne renonce à la donation, tant pour les biens présents que pour les biens à venir.

Si le donataire accepte, son obligation de payer les dettes ne peut s'étendre à celles qui ne seraient que le résultat de la collusion ou de la fraude. Simuler une dette qui n'existerait pas, c'est consentir une libéralité, et ce droit n'appartient plus à celui qui a déjà donné tous ses biens, alors même que l'effet de la donation est subordonné à son décès. La preuve de cette simulation par le donataire ferait prononcer l'annulation de la dette à son profit. Cette règle ne reçoit qu'une exception, à savoir : si la donation renfermait la clause de payer indistinctement toutes les dettes, conformément à l'article 1086.

1715 bis. — Deux espèces, sur lesquelles nous avons été consulté, ont signalé à notre attention une grave difficulté pouvant résulter d'une institution contractuelle autorisée par les articles 1082 et 1083. Dans la première, la mère avait, dans le contrat de mariage de sa fille, fait une donation de tout ce qu'elle délaisserait, mais, par une clause subséquente, elle s'était interdit de vendre ses immeubles autrement qu'avec le consentement de son gendre.

Dans la seconde, les neveux et nièces de la donatrice contractat mariage, celle-ci leur avait, par leur contrat, assuré son entière succession. La même interdiction de vendre ou d'hypothéquer accompagnait la donation d'une manière absolue, seulement la donatrice s'était réservé la faculté de disposer à titre onéreux jusqu'à concurrence de cinq mille francs.

Dans l'une comme dans l'autre, il était formellement stipulé que les époux ne prendraient la possession et la jouissance des biens qu'au décès de la donatrice. Aucun de ces actes n'avait reçu la formalité de la transcription.

Quel était le caractère de cette prohibition? Était-elle opposable aux tiers acquéreurs ou prêteurs postérieurs au contrat? Était-elle obligatoire pour le donateur lui-même?

Cette question, parfaitement neuve, nous a

paru devoir être résolue par la négative. Par rapport au donateur, la restriction qu'il s'est imposée est frappée d'une nullité radicale et absolue, comme violant une loi d'ordre public et d'intérêt général. À l'égard des tiers, une pareille clause serait non-seulement illégale, mais encore monstrueuse et inique dans ses résultats.

Le droit de disposer de sa chose est l'attribut le plus essentiel, le plus direct de la propriété. Le sacrifice de ce droit, autorisé quelquefois, devrait amener à ce résultat de frapper la richesse territoriale d'une indisponibilité funeste pour l'État, plus funeste encore pour le possesseur lui-même.

Cet inconvénient grave s'était déjà réalisé sur une vaste échelle lorsque, la révolution de 1789 arrivant, l'abolition de la mainmorte parut indispensable et fut tout d'abord prononcée. C'est aussi cette abolition que le Code civil a consacrée.

La prohibition de la donation à cause de mort n'a pas d'autre origine. Il répugnait à la raison que celui qui n'a pas voulu actuellement se dépouiller de ses biens pût continuer à les posséder, mais sous l'obligation de ne pouvoir les consacrer à ses propres besoins.

Il est vrai que le législateur a consacré une exception. La donation pour cause de mort est permise en contrat de mariage. Mais cette exception, commandée par la faveur due à celui-ci, a été expressément restreinte dans des limites déterminées à l'endroit de l'irrévocabilité. Aux termes de l'article 1083, cette irrévocabilité se réduit à l'interdiction de disposer à l'avenir à titre purement gratuit. La donation pour cause de mort, même par contrat de mariage, reste donc ce qu'elle n'a jamais cessé d'être, un testament. Seulement, et par une dérogation au droit commun, ce testament est irrévocable. La vocation qu'il renferme assure à l'institué le droit d'empêcher toute libéralité ultérieure, la certitude de recueillir, à la mort de l'instituant, tout ce qui sera délaissé par lui.

Ainsi, fidèle à la pensée qu'il importe de ne pas laisser, même momentanément, la propriété flottante et indécise, le législateur ne s'en est pas départi, même à l'endroit du mariage qu'il voulait favoriser. La donation pour cause de mort n'est que le don *de eo quod supererit*. Jusqu'au décès, le donateur conserve le droit d'aliéner à titre onéreux, et cela à proportion de ses besoins, au gré même de ses caprices.

C'est cependant ce que la clause que nous examinons a pour effet de détruire. La prohibition que se fait le donateur de toute aliénation à

titre onéreux rend sa donation une véritable et pure donation à cause de mort. En effet, il s'enlève l'attribut le plus essentiel de la propriété. Celle-ci ne passe pas cependant sur la tête du donataire, qui ne la recevra qu'au décès. En réalité donc, la propriété, dans son acception ordinaire, n'appartient à personne, elle demeure condamnée à rester immobile et indisponible jusqu'à la réalisation de la condition. En d'autres termes, ce qui s'accomplit, c'est une nouvelle mainmorte qui, pour n'être que temporaire, n'en offre pas moins tous les inconvénients qui ont fait proscrire cet état de choses.

Pour valider une convention de ce genre, il faudrait donc que la loi en eût conféré la faculté ou imposé le devoir. Rencontrera-t-on cette disposition dans l'article 1082? Mais, nous l'avons déjà dit, cet article n'est qu'une exception à la règle générale qui proscriit la donation pour cause de mort. Cette exception est elle-même conditionnelle. C'est donc à celui qui en invoque le bénéfice à prouver que ce bénéfice lui est dû. Il doit, dans tous les cas, en accepter l'effet légal. Or cet effet nous le rencontrons dans l'article 1083; tout ce que la loi autorise, c'est la prohibition de disposer à titre gratuit.

Aller au delà, c'est sortir des termes de la loi, c'est se placer conséquemment dans l'impossibilité de se réfugier sous son égide. La clause que nous invalidons fait plus encore, elle fait revivre la donation à cause de mort dans toute son étendue. Elle se place donc en opposition formelle avec l'ordre du législateur; elle méconnaît et viole sa défense formelle; elle ne peut dès lors créer aucun lien obligatoire.

La nullité étant radicale, le donateur, en vertu des principes que nous avons exposés, est donc, quoique partie au contrat, recevable à la poursuivre lui-même.

Les motifs légaux motivant cette solution pourraient être, par une supériorité de raisons incontestable, invoqués dans l'intérêt des tiers. Mais, par rapport à eux, la nullité, en ce qui les concerne, est surtout commandée par la raison et la justice.

Sans doute la loi doit protéger la partie elle-même contre tout entraînement irrationnel, contre l'exagération de ses sentiments de bienveillance. Mais ce devoir est bien plus rigoureux lorsqu'il s'agit de tiers contre lesquels on demande l'exécution d'un contrat auquel ils sont demeurés étrangers, alors surtout qu'on n'a à leur reprocher ni négligence, ni imprudence.

Que celui qui traite avec un homme marié se fasse représenter son contrat de mariage;

qu'il ne soit pas admis à se plaindre si, ayant négligé ce devoir, le sort de sa créance se trouve compromis par les stipulations de ce contrat, ou le comprend. Quelque rigoureuse qu'elle soit, cette solution n'est motivée que sur l'imprudence et l'oubli d'un devoir consacré par la loi.

Mais qu'on fasse une obligation au créancier de consulter les contrats de mariage non-seulement des enfants du débiteur, mais encore de ses neveux, cousins, et même des étrangers auxquels il a pu faire des donations, ce serait pousser la rigueur au delà de toutes les bornes imaginables.

Indépendamment, en effet, de l'impossibilité matérielle d'une pensée supposant la connaissance préalable des divers mariages auxquels le vendeur ou l'emprunteur a pu assister, l'acquéreur ou le prêteur n'a pas même à s'en préoccuper. Il sait qu'il trouvera aux hypothèques la trace des diverses affectations pouvant grever la propriété qu'il achète ou sur laquelle il prête. Lorsque le registre des transcriptions et celui des hypothèques sont muets, il ne doit supposer autre chose qu'une absence de toute aliénation et de tous gages.

Or, que résultera-t-il, dans notre espèce, d'une recherche dans ces registres? Rien évidemment, car la donation autorisée par l'article 1082 n'est pas soumise à la transcription. Comment, dès lors, connaître la clause par laquelle le donateur a dérogé à l'article 1083? Eh! on pourrait l'opposer aux créanciers! Mais s'il s'agissait d'une donation actuelle et irrévocable, qui n'eût pas été transcrite, on ne pourrait s'en prévaloir contre eux, et l'on voudrait les rendre victimes d'une clause qui n'était susceptible de recevoir et qui n'a effectivement reçu aucune publicité?

Concluons donc que les tiers créanciers ne sauraient, moins encore que le donateur lui-même, souffrir d'une convention dont la validité deviendrait pour eux un moyen assuré de ruine et de fraude. Ajoutons que cette validité porterait le coup le plus funeste au crédit public. Qui oserait acheter ou prêter, si après les plus minutieuses précautions, si après la preuve de la propriété, accompagnée de la négation de toutes charges, on pouvait être complètement dépouillé par l'effet d'un contrat de mariage préparé dans ce dessein?

La loi n'admet que deux manières de grever la propriété : l'aliénation, l'hypothèque. Or, la dérogation à l'article 1083 n'est pas une aliénation, le donateur ne perd pas, le donataire n'acquiert pas la propriété, elle ne constitue pas une hypothèque, elle n'est donc qu'une obligation de

faire. Comme l'objet qu'elle se propose est contraire à la foi publique, contraire à l'intérêt général, elle est insusceptible de produire un effet quelconque.

1716. — Pendant la durée de sa jouissance, l'usufruitier peut consentir des baux. Dans l'ancien droit, la durée de ces baux était subordonnée à celle de l'usufruit. La mort de l'usufruitier amenait donc, comme conséquence forcée, la résolution du bail qu'il avait consenti.

Le Code a, avec sagesse, dérogé à un état de choses ayant entre autres inconvénients celui d'occasionner un grave préjudice au propriétaire lui-même. Un fermier n'améliore que lorsque, par sa durée convenue, sa jouissance le met à même de profiter lui-même de ces améliorations. On s'impose, dans un bail de neuf ans, des obligations qu'on ne contracterait pas s'il ne devait durer qu'un an ou deux. Or, comment contracter à plus ou moins long terme avec celui dont la mort, devant faire résoudre la convention, ne peut dès lors consentir qu'un droit essentiellement aléatoire?

L'intérêt du nu propriétaire, celui de la propriété elle-même exigent donc qu'on affranchit le fermier de la chance que lui imposait l'ancien droit. C'est ce qu'a fait le Code qui maintient, à la mort de l'usufruitier, les baux qu'il a consentis pendant sa vie, aux conditions requises par les articles 393 et 1429.

Mais l'obligation imposée au propriétaire d'exécuter ces baux ne doit s'entendre que de ceux faits loyalement et sans fraude. Si, par une collusion et pour nuire éventuellement à ses intérêts, le fermier et l'usufruitier s'étaient entendus pour donner au bail un prix sans proportion avec la valeur réelle des biens; si le véritable prix avait été dissimulé dans l'acte et l'exécédant payé à l'usufruitier de la main à la main, et que le fermier prétendît ne payer à l'avenir que le prix apparent, le propriétaire serait recevable à prouver l'un et l'autre et à obtenir la résiliation du bail¹.

1717. — Toutes les fraudes que nous venons d'indiquer, et dont le donataire peut être victime, sont non-seulement dirigées contre lui, mais encore contre ses héritiers. En conséquence, les actions qu'il peut exercer passent à ceux-ci, ils peuvent les intentar et les poursuivre comme il le ferait lui-même.

Ses créanciers jouiraient également de cette faculté, soit en vertu de l'article 1166, soit par application de l'article 1167. La certitude qu'a

le donataire que les biens donnés ne profiteront qu'à ses créanciers, peut le rendre fort indifférent au sort futur de la donation. Dans ce sentiment, on ne pourrait s'attendre à une bien vive résistance de sa part contre la fraude du donateur.

1718. — Dans d'autres circonstances, ce sera pis encore, cette même fraude sera concertée entre celui-ci et le donataire, car elle n'aura pour objet que de lui faire arriver d'une manière détournée et indirecte ce dont il sera dépouillé d'une manière apparente, et cela uniquement pour arracher aux créanciers le gage qu'ils rencontraient dans les biens donnés.

Il est donc juste d'autoriser les créanciers à faire tout ce que l'éventualité d'un pareil préjudice est dans le cas de leur inspirer. La fraude, sans doute, dans cette hypothèse, ne se présume pas plus que dans les cas ordinaires; mais le silence que le donataire s'imposerait en présence d'une spoliation imminente ou consommée, créerait un grave préjudice contre sa bonne foi, et cette circonstance coïncidant avec l'existence de nombreux créanciers, dont le paiement doit nécessairement absorber l'entier émolument de la donation, on supposerait facilement la fraude que ceux-ci allégueraient.

1719. — Le donateur est beaucoup moins exposé. Toutes les fraudes qu'il a à redouter de la part du donataire se résument dans l'une des deux circonstances suivantes: inexécution des conditions, ingratitude.

Mais l'effet de ces fraudes étant la révocation de la donation, il est évident que le donataire est personnellement plus intéressé que le donateur à ne pas s'en rendre coupable. Donc, de l'un à l'autre, ces fraudes sont peu probables et surtout fort peu à redouter pour ce dernier.

1720. — Il n'en est pas ainsi pour les créanciers du donataire. Nous venons de le dire, la certitude que les biens donnés seront absorbés par le paiement de ses dettes peut engager le donataire à subir sans se plaindre la fraude du donateur, à la concerter même. A plus forte raison, cette conviction sera-t-elle dans le cas de l'amener à rendre la révocation inévitable, en se dégageant des liens d'une exécution devenue onéreuse, ou en payant d'ingratitude les bienfaits qu'il a reçus.

A l'absence de tout autre intérêt que celui d'éteindre ses dettes, chose à laquelle beaucoup de gens ne semblent pas tenir beaucoup, il peut s'adjoindre un autre motif bien plus décisif. La révocation peut ne pas avoir d'autre but que de favoriser la famille du donataire; ainsi, cette révocation prononcée, le donateur reprendra les

¹ Voy. *suprà*, nos 1001 et suiv.

biens, qu'il transmettra à celle-ci libres de toutes les charges qu'elle eût dû subir sans la réalisation de cette manœuvre. On comprend la gravité du préjudice que les créanciers, que les tiers ayant traité avec le donataire pourraient souffrir d'un pareil calcul.

1721. — Les premiers ne seront devenus tels que par suite du crédit que la possession des biens donnés a procuré au donataire, et la révocation, annulant tout droit de propriété, leur enlève toute espérance de remboursement. Les tiers, ayant acheté et payé des biens qu'ils croyaient reposer incommutablement sur la tête du vendeur, se verront dépouillés de la chose et du prix qu'on se gardera bien de leur restituer.

Tel est en effet le caractère que l'article 934 affecte à la révocation pour inexécution des conditions. Elle fait rentrer aux mains du donateur les biens donnés, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; elle détruit tous les droits conférés par celui-ci, et autorise la revendication des immeubles contre les tiers détenteurs.

C'est aussi ce moyen que la fraude exploitera de préférence; à la facilité qu'il offre, s'unit l'énergie des effets, et ce sera surtout en considération de ces derniers qu'on recourra à la fraude que nous indiquons.

1722. — Pour se défendre adroitement contre ce danger, les tiers créanciers ou possesseurs devaient être autorisés à se substituer au donataire dans l'exécution des conditions que celui-ci n'aurait pas remplies, ou refuserait de remplir à l'avenir. C'est ce que la cour de Bordeaux a formellement jugé le 7 décembre 1829.

La cour de Riom a consacré ce même principe, mais pour que la demande soit recevable, elle exige que les créanciers prennent l'engagement personnel de remplir les conditions portées en l'acte entre-vifs, à la révocation duquel ils s'opposent, et que cet engagement présente pour l'avenir les garanties les plus positives. Dans l'espèce de cet arrêt, les biens ayant été saisis sur la tête du donataire, étaient revendiqués par le donateur, au bénéfice de la demande en révocation pour cause de non-paiement d'une rente viagère qui en avait été la condition. Les créanciers saisissants offraient, pour empêcher cette révocation, de n'adjudger les biens qu'à la charge des prestations imposées par le donateur, ou de laisser en mains de l'adjudicataire les sommes destinées à y faire face. Mais cette offre fut jugée insuffisante, incapable de garantir le paiement à venir de ce qui était dû au donateur et n'équivalant aucunement à l'engagement per-

sonnel que les créanciers auraient dû contracter pour empêcher la révocation¹.

Cette décision nous paraît rationnelle. La loi empêche la révocation lorsqu'elle acquiert la certitude que le droit du donateur, complètement assuré pour l'avenir, n'éprouvera plus aucun retard dans son exécution. Cette certitude naît incontestablement de cette circonstance qu'à la garantie offerte par les biens donnés vient s'adjoindre celle d'un ou de plusieurs créanciers dont la solvabilité répond de l'engagement qu'ils contractent.

Mais cette certitude n'existe plus si les créanciers se bornent à laisser seulement une partie des biens donnés affectés à la dette répondue sur leur généralité. Sans doute, la somme laissée en mains de l'adjudicataire est destinée à faire face à la prestation annuelle, mais l'accumulation possible des arrérages fait disparaître cette garantie elle-même, puisqu'en cas d'insolvabilité de l'adjudicataire, la somme entamée par le paiement de ces arrérages ne donnera plus annuellement un intérêt suffisant. Au lieu de voir ses garanties diminuer, le donateur doit en trouver un surcroît dans l'accession des créanciers, et ce résultat ne peut être atteint que par l'engagement personnel qu'ils contracteront à son égard.

À cette condition, la donation sera maintenue, et les droits des tiers sauvegardés contre la mauvaise volonté, contre le malheur, contre la fraude. Cette condition elle-même n'a rien que de fort juste, celui qui se dépouille de ses biens ne peut être contraint de tenir ses engagements que si on respecte ceux qu'il a imposés en échange de sa libéralité. D'autre part, ceux qui ont traité avec le donataire, qui ont consulté son titre, n'ont pu ignorer la nature de ses droits. La faculté qu'on leur donne de se livrer eux-mêmes à l'exécution des obligations que celui-ci ne veut ou ne peut remplir, et qui est pourtant la condition substantielle de ces mêmes droits, ne saurait donc exciter leurs plaintes et moins encore être taxée d'injustice.

1723. — La révocation pour ingratitude ne saurait être conjurée par les créanciers, ils ne peuvent se faire substituer à cet égard aux obligations toutes personnelles de leur débiteur.

Ce point de vue n'a pas échappé au législateur, il a été au contraire pris en sérieuse considération lorsqu'il s'est agi de caractériser l'ingratitude, d'en établir les effets à l'encontre des tiers.

Ces effets sont réglés par l'article 958, la ré-

¹ Riom, 5 janvier 1826.

vocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande, en marge de la transcription prescrite par l'article 939.

Ainsi, à la différence de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, rétroagissant au jour du contrat, et effaçant tout ce qui a pu se réaliser dans l'intervalle, celle pour ingratitude n'a d'effet qu'à partir du moment où se réalise l'acte la constituant. Dans ce dernier cas, le donateur a le tort d'avoir mal placé ses bienfaits. Cette erreur est même, en ce qui le concerne, une véritable faute dont il doit supporter les conséquences ; il serait aussi absurde qu'injuste d'en reporter la responsabilité sur des tiers, que le choix du donateur devait naturellement rassurer à cet égard.

On peut sans doute prévoir une inexécution et s'en préoccuper, on ne peut raisonnablement en agir de même contre une ingratitude que rien ne fait présumer. En conséquence, si elle se réalise, les tiers qui ont jusque-là de bonne foi traité avec le donataire n'ont aucune faute à se reprocher. Leur droit doit donc être essentiellement respecté.

Pour qu'on pût leur reprocher une faute, il faudrait qu'ils eussent été à même de connaître la conduite du donataire. Cette condition se réalisant par l'inscription de la demande en révocation, à la marge de la transcription, ceux qui ont traité postérieurement seront seuls déchus des droits ainsi imprudemment acquis.

Mais la certitude de l'inévitable préjudice qu'ils sont dans le cas de subir serait une raison suffisante pour leur reconnaître, comme à tous les créanciers cédulaires, le droit d'intervenir dans l'instance en révocation qui doit dans tous les cas être ordonnée par justice. Sans doute ils ne pourront se substituer aux obligations de leur débiteur et faire par ce moyen repousser la révocation. Mais ils sont recevables à en contester le mérite, à soutenir qu'elle n'a pas été réalisée en temps utile, ou que les faits sur lesquels elle repose n'ont pas la gravité requise.

1724. — L'ingratitude, en effet, est quelque peu une abstraction dont il importait de déterminer le caractère, relativement à la révocation qu'elle est dans le cas d'autoriser. Son appréciation arbitraire ouvrirait une trop large issue à la fraude, une carrière beaucoup trop vaste à de nombreux procès.

L'article 935 répond à ce double danger et les évite l'un et l'autre. L'ingratitude, dont le législateur a voulu parler et qu'il punit de la perte de la libéralité, n'existe :

1^o Que si le donataire attente à la vie du donateur ;

2^o Que s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3^o Que s'il lui refuse des aliments.

1725. — Les deux premiers faits n'ont la conséquence signalée que si leur matérialité est accompagnée de la culpabilité, la certitude du défaut d'intention devrait faire maintenir la donation. Ainsi, si l'attentat ou le délit n'avait eu lieu que dans le cas de légitime défense ; s'il était le résultat de la démence ou le produit d'une imprudence ou de l'observation des règlements, la demande en révocation serait repoussée.

De là encore cette autre conséquence que le fait reproché doit être personnellement imputable au donataire. L'acte imputable à l'héritier, au mari, au tuteur n'autoriserait pas la révocation contre le père, la femme ou le mineur.

1726. — Les délits prévus par l'article 935 doivent être entendus non-seulement des actes contre la personne, mais encore de toute atteinte dirigée contre la fortune du donateur¹. Néanmoins ces derniers ne motiveraient la révocation que si, par leur gravité, ils ont compromis ses moyens d'existence. Cette condition, consacrée par notre ancienne jurisprudence, est aujourd'hui unanimement recommandée. Tel ne serait donc pas évidemment un délit de chasse, par exemple. C'est conséquemment avec juste raison que Duranton et Poujol enseignent qu'un pareil délit ne saurait devenir la base d'une poursuite en révocation.

Les délits commis contre les ascendants ou descendants du donateur, contre son conjoint ou ses autres proches parents, ne pouvant être considérés comme commis envers lui, ne remplissent pas la condition impérieusement exigée par l'article 935. Ils ne pourraient donc, comme tels, devenir la matière d'une révocation, mais ils pourraient être avec juste raison envisagés comme injures graves envers le donateur et se ranger comme telles dans la catégorie des causes l'autorisant.

1727. — L'article 935 n'exigeant plus que le donataire ait été condamné, ainsi que l'article 727 le veut pour l'indignité de l'héritier, il en résulte que l'absence de sa condamnation, que

¹ Paris, 17 janvier 1835.

celle même de toute poursuite criminelle contre le donataire, ne pourrait créer aucun obstacle à la demande en révocation. Il suffirait pour la faire admettre que l'attentat ou le délit fut établi dans la poursuite dont on aurait investi le tribunal civil.

1728. — La gravité des sévices et injures est abandonnée à l'appréciation du juge. Mais il est une observation générale que nous trouvons dans Coin-Delisle, et qui, empreinte d'une évidente sagesse, nous paraît devoir être la règle constante de cette appréciation. La loi, dit ce savant jurisconsulte, ne dépouille le donataire qu'autant que le fait procède de sa volonté et de l'ingratitude de son âme. Outre le fait matériel, elle veut que le donataire s'en soit rendu coupable envers le donateur; d'où il suit que de simples torts, ou des faits blâmables en eux-mêmes, mais qui trouveront leur excuse dans un premier mouvement, dans des habitudes grossières, dans une évidente provocation du donateur, n'entraînent pas toujours la révocation.

Par application de cette doctrine, la cour de Toulouse a jugé qu'une donation faite par un père à son fils ne doit pas, sur la demande du donateur, être révoquée pour cause d'ingratitude, par cela seul que le fils a, dans une lettre, traité le donateur de voleur; alors surtout que la lettre, d'ailleurs sans signature et sans adresse, n'était destinée à aucune publicité et n'en a reçu aucune; qu'elle a été écrite, après un grand nombre d'années d'une conduite irréprochable de la part du fils envers le père, dans le cours d'une contestation judiciaire où la résistance du père avait été reconnue mal fondée, et en réponse à une demande réputée injuste, et surtout encore si les parties sont des personnes dont l'éducation ait été négligée¹.

1729. — Le refus d'aliments, surtout lorsque le donateur en éprouve un besoin urgent et réel, est un acte d'inhumanité et d'odieuse ingratitude envers son bienfaiteur. On ne comprend donc pas la controverse que la question de savoir s'il devait autoriser ou non la révocation de la donation avait fait naître sous l'empire de notre ancien droit². L'article 933 l'a tranchée de la seule manière possible et convenable.

Mais ce n'est pas refuser des aliments que de contester soit l'opportunité et la nécessité de la demande, soit le chiffre auquel elle a été portée; les besoins peuvent n'être pas réels, le chiffre peut être tellement exagéré que, dans son en-

semble, la prétention ne soit qu'un moyen calculé pour amener une inévitable résistance, et arriver ainsi à faire prononcer la révocation. Il suffit donc que le donataire ait pu de bonne foi se croire autorisé à contester, pour que la condamnation absolue de sa prétention ne puisse avoir d'autre conséquence que celle de l'exécution dans l'avenir, sous peine de révocation.

Il en devrait être et il en serait autrement si la détresse du donateur était notoire, si le chiffre des aliments qu'il réclame était d'une évidence, d'une incontestable modération, dans sa proportion avec l'importance des biens donnés. Dans cette hypothèse, la résistance du donataire ne serait qu'un refus d'aliments, déguisé sous un prétexte spécieux, qui ne devrait pas l'affranchir des conséquences de sa mauvaise foi.

1730. — L'article 936 dispose que, dans aucun cas, la révocation n'est de plein droit acquise. Les conséquences de cette règle sont importantes pour les tiers; elles leur assurent les deux résultats suivants :

1^o La révocation devant être prononcée par justice, sa poursuite donnera lieu à une instance dont la publicité éveillera nécessairement la sollicitude de tous ceux que son issue pourra intéresser. Chacun d'eux pourra, dès lors, se présenter dans l'instance et y intervenir pour veiller à la défense de ses droits et les mettre à l'abri de toute collusion et de toute fraude;

2^o La révocation, respectivement consentie, ne peut avoir d'effets qu'entre les parties. On ne pourrait l'opposer aux tiers sans leur conférer le droit d'en appeler à la justice. Le débiteur peut bien disposer de ce qui lui appartient; mais toute disposition de nature à enlever un droit acquis à un tiers ne saurait être valablement faite qu'autant que celui-ci a été mis à même de se défendre.

Ce principe est tellement absolu que, dans l'hypothèse d'une révocation pour cause d'inexécution des conditions, le jugement ne serait définitif contre les créanciers hypothécaires et les tiers détenteurs, qu'autant que, appelés en cause, l'exécution commune en a été contradictoirement prononcée contre eux. Sans doute, le donateur n'est pas tenu de réaliser cet appel, mais son absence laisse subsister pour les tiers la faculté de former tierce opposition au jugement et de le faire rétracter, en offrant, au besoin, l'exécution refusée par le donataire.

1731. — L'action du donateur en révocation

¹ 29 avril 1835.

² Voy. Furgole, *Test.*, chap. II, sect. 1^{re}, n^o 67; Ricard,

part. III, n^{os} 700 et suiv.; Pothier, *Donat.*, sect. III, art. 3, § 4.

pour cause d'inexécution n'est et ne pouvait être soumise à aucun délai. L'inexécution se renouvelle à chaque échéance de l'obligation, et ce n'est qu'en tant qu'elle n'a jamais cessé que l'action serait recevable. Si, après un intervalle quelconque de suspension, l'exécution avait été reprise d'un commun accord et continuée sans interruption nouvelle, le donateur ne pourrait plus, sous aucun prétexte, exciper d'une inexécution précédente, complètement effacée.

Mais l'action pour inexécution passe aux héritiers du donateur. Par rapport à ceux-ci, l'obligation d'exécuter ayant cessé d'exister au décès du donateur, la prescription trouve, dans ce décès, un point de départ certain. L'absence de toute réclamation, dans les dix ans de ce décès, éteindrait donc toute action ultérieure.

L'action en révocation pour cause d'ingratitude se restreint entre le donateur et le donataire. Elle ne peut, dit l'article 957, être poursuivie par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire.

La personnalité de l'ingratitude et l'injustice de la punir sur ceux qui y sont demeurés étrangers détermine la première règle. La présomption du pardon, toujours facultatif pour l'offensé, a fait consacrer la seconde. Mais cette présomption n'est acquise, aux termes de notre article, que si le donateur est resté un an, à compter du jour du délit imputé ou de celui de sa connaissance, sans intenter l'action. Conséquemment, si le donateur est mort avant l'expiration de ce délai ou si, avant de décéder, il a réalisé la poursuite, ses héritiers seront recevables à l'intenter ou à la continuer contre le donataire.

Ainsi, la révocation pour cause d'ingratitude se prescrit par un an. Elle peut, de plus, être querellée en la forme, sous le rapport de la personne qui l'intente au fond, comme ne constituant pas l'un des faits prévus par l'article 933. On comprend, dès lors, toute l'utilité du droit d'intervenir, de celui de former tierce opposition que nous reconnaissons aux créanciers que cette révocation peut intéresser.

1732. — Toutes les actions qui se transmettent aux héritiers et qui ne sont pas, dès lors, exclusivement attachées à la personne peuvent être exercées par les créanciers de l'ayant droit, en force de la disposition de l'article 1166. De cette règle, il résulte que le silence ou l'inaction du donateur fondé à poursuivre la révocation

autorise ses créanciers à le faire en son lieu et place.

Les fins de non-recevoir, tirées de la renonciation à se pourvoir, à l'endroit de l'inexécution, de la prescription annale en matière d'ingratitude, opposables au donateur, le seraient également aux créanciers. Il y a cependant, entre l'une et l'autre, cette différence que la renonciation pourrait être attaquée comme contrevenant à l'article 1167, tandis que la prescription annale, définitivement acquise, formerait un obstacle invincible au succès de leur demande.

1733. — L'article 959 déclare les donations faites par contrat de mariage non révocables pour cause d'ingratitude. Elles sont donc, quant à l'inexécution des conditions, sur la même ligne que toutes les autres. La règle à l'endroit de l'ingratitude reçoit même exception pour les avantages entre époux que la séparation de corps fait révoquer¹.

1734. — Les substitutions fidéicommissaires, prohibées dans les libéralités testamentaires, le sont également dans les actes entre-vifs. Les caractères auxquels on doit les reconnaître, les effets qu'elles produisent étant identiques dans les deux cas, nous nous en référons aux règles que nous avons exposées dans le paragraphe précédent².

§ IV.

Emprunts et ventes.

SOMMAIRE.

- 1735. — Facilités que ces actes donnent pour la fraude.
- 1736. — Leurs effets en matière commerciale.
- 1737. — Précautions prises à cet égard. — A qui s'en rend leur inefficacité.
- 1738. — Modifications introduites par la loi de 1838.
- 1739. — Effets de la poursuite intentée personnellement par un créancier.
- 1740. — Effets et caractères de la simulation dans les emprunts ou ventes en matière de déconfiture civile.
- 1741. — La simulation d'une obligation peut être opposée par un créancier postérieur.
- 1742. — Fondement de cette doctrine.
- 1743. — Caractère de la vente à rente viagère et à fonds perdu.
- 1744. — Elle exige l'existence d'un risque sérieux et certain.
- 1745. — Cette condition doit-elle être reconnue dans la vente moyennant une rente viagère inférieure ou à peine égale au revenu des biens?
- 1746. — Quid si, indépendamment du paiement de la rente, l'acheteur a payé une partie quelconque du prix?
- 1747. — L'action en lésion est-elle recevable contre la vente à fonds perdu?
- 1748. — Résumé.

¹ Voy. *supra*, n° 839.

² *Supra*, nos 1380 et suiv.

1749. — Éléments de l'appréciation du juge pour connaître s'il y a lieu à nullité ou à rescision.
1750. — Nullité de la vente à fonds perdu, si le créancier est mort au moment du contrat.
1751. — Différence, à cet égard, entre cette vente et l'assurance maritime.
1752. — Nullité de la vente à rente viagère constituée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est morte dans les vingt jours de l'acte.
1753. — Applicabilité de l'article 1795, si le contrat est fait par la personne malade et en sa faveur.
1754. — Cette nullité est d'ordre public. — Conséquences qu'en tire Dalloz, quant à la rescision que les parties feraient de s'en prévaloir.
1755. — La vente sous seing privé fait-elle foi de sa date contre les héritiers du vendeur agissant en vertu de l'article 1795?
1756. — Arrêt notable de la cour de cassation consacrant la négative.
1757. — Son caractère juridique.
1758. — Conséquences de cette doctrine. — Est-ce à l'acquéreur à prouver, et peut-il prouver que l'acte a été souscrit avant la maladie et à sa date?
1759. — Conditions exigées pour que la nullité puisse être prononcée.
1760. — L'article 1795 est-il applicable au cas où la rente a été consentie en faveur de deux ou de plusieurs personnes?
1761. — Que doit-on statuer lorsque, de plusieurs créanciers, les uns sont morts dans les vingt jours de la maladie dont ils étaient atteints au jour de la vente, et que les autres ont survécu?
1762. — La rente viagère constituée à titre onéreux est saisissable et cessible.
1763. — Effets de l'admission de l'action des créanciers contre une vente quelconque.
1764. — Peuvent-ils revendiquer l'immeuble revendu par le complice du fraudeur du débiteur?
1765. — Fraudes dont la vente de droits successifs peut devenir l'occasion.
1766. — L'opposition à la levée des scellés, faite avant la vente, la rendrait sans effet contre les créanciers opposants.
1767. — Mais le créancier qui ne s'est pas opposé ne perd pas le droit de l'attaquer en vertu de l'article 1167.
1768. — Présomptions tirées de l'exagération du prix.
1769. — Autre motif qui peut avoir cette exagération. — Ses conséquences par rapport au retrait successoral.
1770. — Par qui doit être établi le juste prix, lorsqu'il est impossible de préciser celui qui a été réellement payé et reçu?
1771. — Arrêt de la cour de Paris qui en confie l'appréciation au juge saisi de l'action en retrait. — Sagesse de sa doctrine.
1772. — Conséquences de l'obligation du retrayant de restituer le prix réel, à l'endroit des droits d'enregistrement, des frais et honoraires personnels au cessionnaire.
1773. — La demande en retrait doit-elle être précédée ou accompagnée de l'offre réelle de restituer le prix?
1774. — Influence de la dénonciation de l'intention d'exercer le retrait sur les actes ultérieurs du cédant et du cessionnaire.
1775. — Le cessionnaire évincé par le retrait n'a aucune garantie à exercer contre le cédant.
1776. — Arrêt de la cour de cassation qui prohibe toute stipulation contraire.
1777. — Application des principes de la matière à la donation dissimulant une vente.
1778. — A la vente qu'on soutiendra n'être qu'une donation déguisée.
1779. — Effets de la ratification imputée au retrayant. — Caractères qu'elle devrait avoir.
1780. — L'action en retrait est irrévocable après l'accomplissement du partage. — Quid si le partage contradictoirement fait avec le cessionnaire vient à être rescindé?
1781. — L'article 1699 fait pour les droits litigieux ce que l'article 841 fait pour les droits successifs. — Motifs du premier.
1782. — Système qui avait été suivi par le droit romain sur les caractères de la vente.
1783. — Admis par notre article 1699.
1784. — Difficulté que peut faire naître la question de savoir s'il y a vente ou donation.
1785. — Droit de retrayant de soutenir que le prix indiqué n'est pas sincère.
1786. — Le droit au retrait est absolu. — Il peut être exercé pour la première fois en cause d'appel.
1787. — Arrêt de la cour de cassation restreignant cette faculté au débiteur, à ses représentants légaux, et la refusant aux créanciers. — Critique.
1788. — La décision du procès empêche tout retrait ultérieur. — Conséquences. — Nécessité d'opter. — Irrévocabilité du retrait demandé par conclusions subsidiaires et en cas de succombance.
1789. — Exception que cette règle comporte dans l'hypothèse où la cession a été échelée à la partie intéressée.
1790. — Caractère et motifs des exceptions que l'article 1701 consacre à la disposition de l'article 1699.
1791. — Faut-il restreindre celle relative au cohéritier aux cessions obtenues de cohéritier et à l'endroite des actions héréditaires?
1792. — Prohibitions spéciales en matière de droits litigieux créées par l'article 1587.
1793. — Effet de sa violation. — Difficulté sur l'application des règles relatives à l'interposition de personne.
1794. — La nullité de la cession faite à l'incapable profite surtout au débiteur cédé.
1795. — Aucune garantie ne peut être poursuivie contre le cédant.
1796. — L'acquéreur d'un office qui a dissimulé le prix peut-il être poursuivi en dommages-intérêts par les créanciers du vendeur, en fraude desquels cette dissimulation a été pratiquée?
1797. — Caractère légal et juridique de l'affirmative.
1798. — Son efficacité sur la répression de l'abus qu'un vent proscrire.
1799. — L'action des créanciers ne peut tendre qu'à la réparation pécuniaire du préjudice.
1800. — La complicité du fauteur peut être établie par témoins et par présomptions.
1801. — Responsabilité de celui-ci, en cas de fausse déclaration sur la saisie-arrêt entre ses mains.
1802. — Les paiements partiels reçus par le vendeur, et les cessions qu'il a faites de prix, avant l'approbation du gouvernement, sont-ils valables?
1803. — Arrêts des cours de Paris et d'Angers admettant la négative.
1804. — Arrêt, en sens contraire, de la cour d'Aix. — Est plus juridique. — Motifs sur lesquels il se fonde.
1805. — A été sanctionné par la cour de cassation.
1806. — Les quittances justifient les paiements sont-elles opposables aux créanciers, alors même qu'étant sous seing privé, elles n'ont pas acquis date certaine.

1735. — Les actes d'obligation et de vente sont les agents les plus actifs, les auxiliaires les plus usuels de la fraude contre les tiers. Sans cesse à la disposition du débiteur, ils se prêtent merveilleusement à dissimuler l'actif qu'il a le projet de soustraire aux exécutions des créanciers, réduits bien souvent à soupçonner la fraude sans pouvoir la prouver. La facilité de cette fraude, ses chances de succès expliquent le fréquent recours dont elle est l'objet de la part des débiteurs de mauvaise foi.

1736. — C'est surtout en matière commerciale que sa perpétration est dans le cas d'entraîner des effets désastreux. Ceux qui traitent avec un commerçant considèrent son crédit bien plutôt que sa fortune réelle. Les transactions commerciales excluent, le plus souvent, toute affectation hypothécaire, dont la forme et les lenteurs sont peu compatibles avec la rapidité qu'elles exigent, de manière que les immeubles du débiteur demeurent habituellement libres entre ses mains, qu'ils peuvent être, dès lors, aliénés sans obstacle dès que le besoin s'en fait sentir. Or, ce qui résulte de cette aliénation, c'est que la valeur la plus claire, la plus nette de l'actif se trouve irrévocablement perdue pour les créanciers au moment où, la faillite se réalisant, ils seraient dans le cas d'en poursuivre la liquidation pour le paiement de ce qui leur est dû; c'est que cette même valeur, si l'aliénation est simulée, se trouve à la disposition réelle du débiteur et lui fournit le moyen de braver ses créanciers, de leur imposer la loi.

1737. — Cet inconvénient si grave, poussé jusqu'au scandale sous l'empire de la loi ancienne, avait éveillé la sollicitude des auteurs du Code de commerce et leur avait dicté les dispositions relativement aux actes souscrits dans un temps contemporain ou voisin de la faillite. Mais ce remède, quelque énergique qu'il soit, peut être rendu inefficace par la mauvaise foi. En effet, un commerçant, dont le crédit n'a encore subi aucune atteinte apparente, ne peut pas ignorer sa véritable situation, et elle peut être telle, qu'elle lui fasse entrevoir une faillite plus ou moins imminente. C'est ce moment que la fraude exploitera, car celui qui veut tromper n'hésitera pas à le faire d'une manière utile; non-seulement il aliénera les biens qu'il veut soustraire lorsqu'il sera encore en plein crédit, mais il saura, au prix même de quelques sacrifices, retarder sa chute pour qu'on ne puisse atteindre les actes simulés sous le rapport que nous indiquons.

La simulation de dettes entraîne, de son côté,

un résultat non moins fâcheux, non moins dangereux pour les créanciers sincères; elle introduit, dans la faillite, un élément qui en dénature le caractère, qui en fausse les opérations. Indépendamment de la nécessité d'établir la répartition sur une base plus étendue, ou comprend que les créanciers de complaisance n'hésiteront pas à accueillir les propositions du failli, et que, voté par eux, le concordat, auquel ils auront assuré la majorité requise, imposera d'énormes sacrifices aux créanciers sérieux, obligés d'en subir les effets.

Cette double éventualité a, de tout temps, excité les plus vives, les plus incessantes réclamations, mais l'abus ne s'en est pas moins perpétué. Il n'est peut-être pas de faillite dans laquelle il ne s'exerce sur une échelle plus ou moins large. Hâtons-nous de le dire, cependant, le reproche ne peut s'adresser au législateur; ce n'est pas la loi qui a manqué aux hommes, ce sont les hommes qui ont manqué à la loi.

En effet, le Code de 1807 s'était armé de toute sa sévérité contre l'un et l'autre de ces actes. Ainsi, l'article 593 déclarait banqueroutier frauduleux celui qui avait fait des ventes, des négociations ou donations simulées; celui qui avait supposé des dettes passives et collusoires entre lui et des créanciers fictifs, en faisant des écritures simulées ou en se constituant débiteur, sans cause ni valeur, par des actes publics ou par des engagements sous signature privée.

L'article 597 punissait, comme complices de la banqueroute frauduleuse, ceux qui s'étaient entendus avec le failli pour receler ou soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles, ou qui avaient acquis sur lui des créances fausses et qui, à la vérification et affirmation de leurs créances, avaient persévéré à les faire valoir comme sincères et véritables.

La peine édictée contre la banqueroute frauduleuse était celle des travaux forcés à temps. L'application énergique de la loi était donc dans le cas sinon d'annuler complètement l'abus, au moins de l'atténuer sensiblement. L'étrange complaisance que le failli a toujours rencontrée chez ses créanciers eux-mêmes a seule empêché ce résultat.

Malheureusement le Code de commerce laissait la masse de la faillite tenue des frais de poursuite dans le cas de condamnation. Cette obligation onéreuse avait entraîné cette double conséquence que non-seulement les créanciers ne prenaient pas l'initiative des poursuites, mais encore que lorsque le ministère public les exerçait d'office, tous leurs efforts, conformes à leurs

vœux, à leurs intérêts, tendaient à l'acquiescement de l'accusé.

1738. — La loi de 1838 a fait disparaître ce motif en décidant qu'en cas de condamnation, les frais ne pourraient être répétés contre la masse. De plus, et sous son empire, la banqueroute frauduleuse, dont la loi ancienne énumérerait les faits constitutifs, énumération que la doctrine et la jurisprudence considéraient comme limitative et restrictive, existe par cela seul que le failli a soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif, ou qu'il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan.

Quel que soit donc le moyen employé, la culpabilité est la conséquence immédiate de l'existence d'un des faits indiqués. Le législateur a donc dégagé la poursuite des obstacles qui venaient l'entraver sous l'empire du Code. Obtiendra-t-il le résultat qu'il s'est proposé? Il est permis, malheureusement, d'en douter. On ne change pas facilement les habitudes invétérées, et l'indulgence des créanciers en matière de faillite est de nature à condamner la loi nouvelle à n'être que ce que le Code de commerce a toujours été, une menace à peu près vaine.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux qu'en matière commerciale la simulation de dettes sans cause ni valeur réelle et la vente mensongère d'un immeuble prennent, dans le cas de faillite, le caractère de crimes. Le droit des parties intéressées d'en poursuivre la répression par la voie civile ou criminelle ne saurait devenir l'objet d'un doute. La preuve du véritable caractère de l'acte ferait exclure le créancier supposé de toute répartition et rentrer à la masse les immeubles prétendus aliénés. Indépendamment de la peine encourue par le failli et son complice, ce dernier pourrait, de plus, être condamné à des dommages-intérêts.

1739. — Ce que la masse, représentée par les syndics, peut faire, chaque créancier peut personnellement l'accomplir. Mais, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, le résultat est le même. Ainsi, la nullité de l'obligation ou de la vente, obtenue par un créancier seul, profite à la masse et non à ce créancier personnellement. Quant aux dommages-intérêts auxquels le complice peut être condamné, le créancier poursuivant a droit de les obtenir. C'est là le juste

équivalent des frais auxquels il s'expose par une poursuite devant laquelle la masse a mal à propos reculé¹.

1740. — La déconfiture civile laisse à la simulation, ayant pour objet d'accroître le passif ou de diminuer l'actif, le caractère d'une simple fraude. Elle se trouve donc régie par les règles ordinaires de la matière. Dirigée essentiellement contre les créanciers, chacun d'eux a, incontestablement, qualité pour en poursuivre la répression et droit de l'obtenir en prouvant : ou que la somme prétendue reçue par le débiteur n'a jamais été comptée par le porteur de l'obligation, ou que la vente n'a jamais eu de prix réel. Nous avons déjà dit que cette preuve peut être faite tant par titres que par témoins et par présomptions.

1741. — L'unique difficulté que puisse soulever l'action des créanciers, est celle qui naît de la date de leurs titres. En thèse ordinaire, l'action de l'article 1167 n'est ouverte que pour les actes faits en fraude des droits de celui qui prétend l'exercer. Dès lors, si le titre de celui-ci est postérieur à l'acte attaqué, le porteur de ce dernier pourra exciper de cette circonstance comme créant une fin de non-recevoir contre la demande.

Nous nous sommes déjà occupés de cette difficulté, ce qui nous permet de nous en tenir à rappeler la conclusion à laquelle nous sommes arrivés. La fin de non-recevoir devra être accueillie, lorsque l'acte attaqué par le créancier est une aliénation ; on la repoussera, lorsque, s'agissant d'une obligation, c'est dans la distribution de l'actif du débiteur que la contestation sur sa validité se trouve engagée².

1742. — Cette conclusion a son fondement juridique dans cette raison décisive que la vente, par la publicité qu'elle reçoit, par les formalités qu'elle exige, par le transfert effectif de la propriété qu'elle opère, ne peut être présumée faite au préjudice ou en fraude des créanciers futurs. Cela est surtout vrai lorsque, régulièrement transcrite, elle a été effectivement exécutée par le désinvestissement matériel du vendeur. Comment donc les créanciers postérieurs pourraient-ils en contester l'effet, alors même que cette vente n'aurait aucun prix sérieux et réel? Mais, avant de devenir leur débiteur, le propriétaire pouvait donner son bien sans que personne y trouvât à redire ; il pouvait donc faire indirectement ce qu'il lui était permis d'accomplir di-

¹ Voy. notre *Traité des faillites*, art. 601, nos 1304 et 1305.

² Voy. *supra*, nos 1419 et suiv.

rectement. L'acte serait inattaquable sous tout autre rapport que celui que nous signale le droit romain : *Si alienationi subit fraudis futuri creditoris*.

C'est précisément cette fraude que la loi présume lorsqu'il s'agit d'une obligation simulée. Cette obligation peut n'être, en effet, qu'une précaution contre des revers ultérieurs de fortune et pour s'assurer une ressource, le cas de déconfiture se réalisant. Que cette présomption ne suffise pas pour déterminer la nullité absolue de l'acte, cela est juste ; mais il serait par trop rigoureux de ne pas lui donner pour effet la faculté, pour les ayants droit, de prouver que telle a été réellement l'intention des parties contractantes.

Ainsi, que la question s'agisse pour une créance hypothécaire et dans un ordre ; qu'elle naisse entre créanciers chirographaires dans une distribution par contribution, l'intérêt évident que chaque créancier a à s'admettre, dans l'un ou dans l'autre, que les porteurs de droits sérieux et légitimes, motive légalement son action pour faire repousser telle ou telle créance. Il pourrait, quelle que soit la date de son titre, exciper du paiement ayant éteint la créance qu'il conteste. Pourquoi donc l'empêcherait-on de soutenir que cette créance n'a jamais existé ?

La recevabilité de l'action ainsi justifiée, son bien fondé dépend de la preuve administrée par le demandeur. Son efficacité, nous l'avons déjà dit, est exclusivement abandonnée à la prudence et aux lumières du juge. Ce que nous devons rappeler, c'est qu'elle doit, dans les aliénations à titre onéreux, démontrer non-seulement la fraude du vendeur, mais encore celle de l'acheteur. Il n'en est pas de même pour les obligations. La complicité du bénéficiaire est une conséquence forcée de leur simulation. Celui qui consent à paraître créancier, sans l'être réellement, ne saurait être admis à invoquer la bonne foi.

1743. — La vente à rente viagère et à fonds perdu est préjudiciable aux héritiers du vendeur, en ce sens qu'en faisant disparaître la chose, elle n'en fait pas entrer l'équivalent dans l'actif qu'il délaissera plus tard. La chance aléatoire qui caractérise cette vente peut avoir pour conséquence que le paiement d'un trimestre de la rente peut suffire pour acquérir définitivement l'objet vendu, le décès du créancier venant tout à coup libérer l'acheteur de toute charge ultérieure.

D'autre part, il est évident que la vente à fonds perdu est un avantage précieux pour le vendeur. Par sa réalisation, il se procure un surcroît de revenu que ses besoins peuvent rendre indispen-

sable. Cette seule considération commandait à la loi de l'autoriser. Il est naturel et juste qu'une personne songe à elle-même avant de s'occuper de ses héritiers. Ce n'est pas là de l'égoïsme, c'est de la charité bien entendue.

La vente à fonds perdu moyennant une rente viagère est donc licite, à condition toutefois qu'elle réunisse les qualités essentielles qui lui sont prescrites.

1744. — Au nombre et en tête de ces qualités, se place naturellement l'existence d'un risque sérieux et réel. Il faut de toute nécessité que l'acheteur, pouvant acquérir le fonds dans un très-court espace de temps, soit exposé à payer plus que la valeur réelle, si la vie du créancier se prolonge assez pour cela. S'il en était autrement, si l'acheteur n'avait d'autre chance à courir que celle de réaliser un bénéfice plus ou moins considérable, sans aucune éventualité de perte, il n'existerait pas de vente, point de contrat commutatif. Devrait-on dès lors annuler la convention ?

1745. — Cette question est surtout née dans les hypothèses où la vente avait été consentie moyennant une rente viagère inférieure ou à peine égale aux revenus des biens vendus. La solution qu'elle a reçue n'a pas été uniforme dans tous les cas. La vente, maintenue dans un, a été annulée dans l'autre, et les divers arrêts, successivement déferés à la cour suprême, ont été sanctionnés constamment par elle.

Faut-il, à l'exemple de Troplong, accuser la cour de cassation de versatilité et lui en faire un reproche ? Y a-t-il réellement contradiction entre ces divers arrêts ? La solution ne peut être douteuse en présence des vrais principes de la matière.

Ainsi tout le monde convient, et Troplong notamment enseigne que la vente doit avoir un prix sérieux et certain ; mais le prix, quelque vil qu'on le suppose, n'en existe pas moins. Dès lors on arrive à cette double conséquence : 1° l'absence de prix eulève à l'acte tout caractère commutatif, il doit donc être annulé en tant que vente ; 2° la vileté du prix ne fait pas que l'acte ne soit une vente réelle, elle peut seulement en amener la rescision, si la lésion en résultant atteint les proportions indiquées par l'article 1674 du Code civil.

Cette différence juridique explique celle que nous signalions dans la jurisprudence. Dans chaque espèce, les magistrats ont recherché si la vente avait ou non un prix. Ils ont accueilli la nullité lorsqu'ils ont trouvé qu'il n'y en avait aucun ; ils l'ont repoussée dans l'hypothèse con-

traire, quelle que fut d'ailleurs la vileté reprochable à celui que les parties avaient stipulé.

Cette appréciation toute de fait liait la cour de cassation. En supposant même que l'appréciation des cours d'appel fût erronée, elle n'avait pas à exercer le droit qui lui appartient dans le cas où la loi a été violée ou méconnue.

Troplong semble en convenir lui-même puisque, enseignant la nullité de la vente qui n'a pas de prix, il repousse cet effet, lorsque le prix est seulement entaché de vileté. Ce qu'il reproche à la jurisprudence, c'est de convertir en question de fait ce qui lui paraît une pure question de droit. La vente à rente viagère, dit-il, a réellement un prix dès qu'il y a une rente stipulée. Un prix peut être plus ou moins vil, mais on ne saurait dans aucun cas en méconnaître l'existence.

Cette objection n'a de fondement ni en droit, ni en fait. Le prix, par rapport à l'acheteur, n'existe qu'en tant qu'il aura à le fournir de ses propres ressources, que lorsque son acquittement lui imposera un sacrifice quelconque. Si je vends un immeuble 10,000 fr. et qu'avec l'immeuble je donne une somme pareille avec laquelle l'acheteur me payera immédiatement ou plus tard, dira-t-on que la vente a un prix réel et sérieux? C'est cependant ce qui se réalise dans la vente à fonds perdu, lorsque la rente stipulée est inférieure ou à peine égale au revenu des choses en faisant la matière. Le vendeur donne évidemment la chose et le prix; l'acheteur, loin de puiser dans ses propres ressources, trouve dans la chose qu'il acquiert non-seulement le moyen de s'acquitter, mais encore l'occasion de réaliser un bénéfice. Un acte produisant un pareil résultat n'a jamais été, n'a jamais pu être considéré comme une vente.

« Mais qu'importe, ajoute Troplong, que l'acheteur ne débourse rien du sien? Est-ce que la vente ne transporte pas, par sa propre énergie, la propriété sur sa tête? Dès lors, s'il paye avec la chose acquise, il paye réellement avec sa propre chose. Supposez en effet l'hypothèse suivante : J'achète pour 100,000 fr. un immeuble qui en vaut 105,000; n'ayant pas d'argent pour payer, je revends en détail et je retire 115,000 fr.; ou bien j'achète une forêt 30,000 fr., j'obtiens permission de la défricher, et la vente que je fais de la superficie me permet de payer la totalité de mon prix. Dans ces deux hypothèses, j'ai payé avec la chose acquise; faudra-t-il, à cause de cela, annuler l'acte qui m'en a transféré la propriété, comme ne renfermant aucun prix? »

On s'étonne qu'une si vaste intelligence n'ait pas été saisie de l'énorme différence qui sépare ces hypothèses de celle que nous examinons. Dans l'une comme dans l'autre, l'existence d'un juste prix ne saurait même être contestée, le vendeur qui le reçoit a donc l'équivalent de ce qu'il donne, et il n'a nullement à s'enquérir de la manière dont l'acheteur se l'est procuré. De son côté, celui-ci se trouvera, après avoir liquidé son opération, en possession du bénéfice qu'il aura pu réaliser, mais il aura perdu la chose en totalité ou en partie.

Peut-on confondre une opération de cette nature avec la vente à fonds perdu, moyennant une rente inférieure au revenu des biens vendus? Ce que reçoit le vendeur n'est pas même ce qu'il percevrait, s'il les avait retenus. L'acheteur ne déboursa pas un centime, il conservera la possession de ce qu'il reçoit, et il trouvera dans cette possession non-seulement le moyen de payer le prix, mais encore celui de réaliser annuellement un bénéfice. Il est donc impossible d'admettre l'assimilation que fait Troplong.

On comprend qu'un individu vende un immeuble qu'il convertira ainsi en une somme d'argent destinée soit à solder ses engagements, soit à lui procurer, par la perception de l'intérêt légal, un revenu supérieur à celui que lui donnait l'immeuble. On comprend encore que pour augmenter ce revenu, et le mettre en proportion plus juste avec ses besoins, il consente à laisser le capital aux mains de l'acquéreur, et à se contenter d'une rente subordonnée à son décès. Mais peut-on reconnaître l'existence d'un pareil contrat, lorsque, comme dans l'hypothèse, le prétendu vendeur aura, après s'être dépouillé de sa propriété, un revenu inférieur, ou tout au moins à peine égal à celui que lui produisait celle-ci? Où se trouve la chance aléatoire si essentielle au contrat de vente à rente viagère? Où est le danger en contemplation duquel la loi permet à l'acheteur d'acquiescer le fonds?

Pour nous, il n'y a pas à hésiter. Ce qui nous paraît être de droit commun, c'est la proposition inverse de celle indiquée par Troplong. Ainsi, la vente à fonds perdu, moyennant une rente inférieure au revenu des biens, doit être considérée comme n'ayant pas de prix. Le droit d'apprécier si ce défaut n'est pas racheté par d'autres circonstances, par d'autres prestations auxquelles l'acheteur s'est soumis, ne saurait être contesté aux tribunaux. Dès lors, la nullité ou la validité de la vente, nécessairement subordonnée au résultat de cette appréciation, n'est plus évidemment qu'une pure question de fait. Le reproche

que Troplong adresse à la jurisprudence est donc inadmissible¹.

1746. — Si, indépendamment de la rente viagère, l'acheteur a réellement payé une partie quelconque du prix stipulé, la vente se trouve avoir un prix certain, quelque minime que soit cette somme. La demande en nullité pour absence de prix devrait dès lors être écartée, il y aurait lieu dans ce cas à appliquer la règle enseignée par Troplong, à savoir : que la vileté du prix ne peut jamais donner naissance qu'à l'action en rescision, autorisée par l'article 1674.

1747. — L'applicabilité de cet article à la vente à fonds perdu et à rente viagère a été contestée. L'article 1976, a-t-on dit, laissant les parties entièrement libres à l'égard du taux de la rente, exclut par cela même toute possibilité de lésion, mais le contraire a paru plus juridique. Ainsi Troplong n'hésite pas à admettre l'action en rescision pour cause de lésion, lorsque la rente stipulée est inférieure au revenu des biens.

Dans une espèce jugée par la cour de Toulouse, on demandait la rescision d'une vente à fonds perdu, sur le motif que la rente viagère égalait à peine la moitié du revenu des biens qui en faisaient l'objet. L'arrêt qui intervint repoussa la demande pour inapplicabilité de l'article 1674. Mais, déferé à la cour régulatrice, cet arrêt fut cassé par décision du 22 février 1836.

L'arrêtiste, en rapportant cette décision, fait remarquer qu'elle ne fut rendue qu'après un délibéré de près d'un mois. Cette mûre délibération et l'examen approfondi dont elle donne la certitude impriment à l'arrêt de la cour de cassation une autorité considérable. Or, le principe qui y est enseigné est celui-ci : dès que la rente viagère est constituée à la suite d'une aliénation d'immeubles, les règles de celle-ci deviennent de tout point applicables, elle ne saurait dès lors échapper à la disposition de l'article 1674.

1748. — En résumé donc, la loi n'a nullement entendu soustraire la vente à fonds perdu aux règles générales de la vente. Il faut en conséquence qu'elle en réunisse la condition la plus essentielle, à savoir : un prix sérieux et juste.

L'absence du prix annule le contrat, sa vileté en détermine la rescision, lorsqu'il en résulte une lésion de la nature de celle prévue par l'article 1674.

La rente viagère, inférieure au revenu des

biens vendus, ne constitue pas un prix réel, mais ce défaut de prix n'existe qu'en tant que l'acquéreur n'a aucune autre charge à subir, et n'a surtout rien à payer sur le prix stipulé.

1749. — En définitive, la question de savoir s'il existe un prix, et, dans le cas de l'affirmative, si ce prix est sérieux ou non, n'offre qu'une appréciation de fait que la loi laisse à l'arbitrage souverain des deux degrés de juridiction. La solution peut être un mal jugé, mais elle ne donne pas ouverture à la cassation.

Le caractère de cette appréciation l'affranchit nécessairement de toute règle absolue. Cependant ce qu'il importe de ne pas perdre de vue, c'est qu'elle ne saurait être équitable et juste qu'en remontant à la date même du contrat et en se plaçant ainsi au point de vue qui a dû préoccuper les parties. Ainsi l'augmentation du revenu, résultant des réparations ou améliorations faites par l'acquéreur, du bénéfice du temps, ou de toutes autres circonstances imprévues ou accidentelles, ne saurait être d'aucune considération. Un fait qui, naguère, se réalisait à Marseille, peut donner une idée de ce que peuvent être celles-ci. La création de nouveaux quartiers ayant appelé la spéculation sur les terrains à bâtir, des propriétés qu'on n'aurait qu'à grand-peine vendues cinq à six cents francs ont été payées jusqu'à 100,000 fr.

C'est là, on le comprend, une nouvelle chance aléatoire dont la réalisation doit demeurer sans influence sur la validité de la vente à fonds perdu. Exposé à subir la moins-value postérieure au contrat, l'acheteur profitera exclusivement de la plus-value que la propriété acquiert dans ses mains.

1750. — Du principe que la vente à fonds perdu doit offrir un risque certain, une chance sérieuse de gain ou de perte, découlent les deux règles suivantes :

1° Tout contrat de rente viagère, créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

Cette prescription est absolue, il importerait donc peu que les contractants eussent agi avec la plus évidente bonne foi, et dans l'ignorance la plus absolue du décès du futur créancier. Le fait matériel de ce décès enlève tout aliment à la convention, toute cause légitime à l'obligation. Il n'y avait donc pas de contrat possible. Fruit de l'erreur, celui qui est intervenu ne

¹ *Fid.* Troplong, *Fente*, n° 150; Duvergier, *Fente*, t. XVI, n° 149; *enss.*, 2 juillet 1806, 1^{er} avril 1829, 28 décembre 1831 et 25 juin 1841; D. P., 41, 1, 294.

Voy. encore Dalloz, *Dict. général*, et *Rép.* du J. D. P., aux mots : *Fente à rente viagère*.

saurait être consacré, sans violer ouvertement l'article 1109 du Code civil.

1731. — Ce principe, comme l'observe Tropolong, ne reçoit qu'une seule exception. Ainsi, en matière d'assurances maritimes, le risque, pris sur un navire naufragé, ou arrivé à bon port avant même la signature de la police, engage valablement les parties, si chacune d'elles a ignoré et pu ignorer l'événement, mais cette dérogation au droit commun s'explique par la nature même de l'assurance maritime.

Son objet n'est pas de garantir seulement l'avenir, mais encore le passé : *Cum quia suscepta de omni periculo, etiam praterito, quodque forte jam contingit... Maxime quando periculum quod suscipitur est diuturni temporis et remoti itineris*¹, il ne pouvait même en être autrement. L'assurance, devant dans plusieurs cas se réaliser à une très-grande distance du point de départ du navire, objet ou porteur du risque, ne peut être souscrite qu'après le départ du navire pour le lieu de sa destination; cependant l'assurance est prise de la sortie d'un port à l'arrivée dans tel autre. Il suffit qu'il y ait eu réellement voyage effectué pour que le risque commence avec le voyage même et que l'assureur réponde du sinistre réalisé avant la souscription du contrat, tout comme il profiterait de l'heureuse arrivée accomplie avant cette époque.

Il n'y a pas d'ailleurs ici d'erreur possible. Ce que l'assuré veut, c'est d'être garanti pour tout le voyage. Ce que l'assureur accorde, c'est cette même garantie. La prime se calcule dans cette prévision, et le contrat ne laisse pas que d'être aléatoire si l'événement, quoique réalisé, est complètement ignoré des parties.

Il ne saurait en être de même en matière de vente à rente viagère. Ce qui fait l'élément essentiel de ce contrat, c'est la vie plus ou moins longue du créancier désigné. Or, si, à l'époque de la souscription, ce créancier n'existe plus, il n'y a plus aucune cause à la convention. Il doit donc en être de ce cas, comme de celui d'une assurance contre l'incendie, pour une maison qui aurait péri par cas fortuit, ou de celle contractée sur marchandises non chargées, ou sur un navire qui n'aurait jamais quitté le port. Le contrat serait annulé pour défaut absolu d'un risque quelconque.

1732. — 2° Il en est de même du contrat

par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de l'acte constitutif.

Devant cette prescription textuelle de l'article 1773, toute possibilité de controverse disparaît et s'efface. Il importe cependant d'en rappeler les motifs pour en apprécier sainement les conséquences.

« Si les contractants, disait Portalis, eussent connu la maladie de la personne sur la tête de laquelle on se proposait d'acquiescer la rente, l'acquisition n'eût pas été faite, puisqu'une rente viagère sur la tête d'une personne mourante n'est d'aucune valeur. Or, il n'y a point de consentement quand il y a erreur ou sur la chose, ou sur les qualités essentielles de la chose qui forme la matière du contrat. »

Ainsi, la loi présuppose l'ignorance des parties, et cela tranche nettement la difficulté que la certitude de cette ignorance aurait fait naître. On pouvait, en effet, se fondant sur la bonne foi, en exciper pour assurer le maintien de l'acte. Cette prétention est désormais impossible. Ce qui résulte juridiquement de l'état de maladie, terminée par la mort dans les vingt jours de la constatation de la rente viagère, c'est l'absence d'un objet formant la matière de l'engagement, et par suite d'une des conditions essentielles à tout contrat. Cet objet est pour la rente viagère un risque sérieux et certain, et ce risque manque non-seulement de ce caractère, mais n'existe même pas lorsqu'il se réfère à un mourant. On devait donc légalement se préoccuper fort peu de la question de savoir si les parties avaient ou non ignoré cet état des choses. L'ignorance les constituerait en bonne foi, mais elle ne pourrait jamais faire que la matière du contrat existât, alors qu'en fait elle manque absolument².

1733. — Au reste, toute difficulté à cet égard ne peut naître que dans l'hypothèse d'une rente viagère constituée sur la tête d'un tiers demeuré étranger au contrat. De là ou a voulu conclure que la nullité de l'article 1773 ne pouvait être appliquée aux parties elles-mêmes. Le malade traitait directement, a-t-on dit, n'a pu ignorer son état, conséquemment on doit le considérer comme ayant voulu, au besoin, consentir une libéralité. Dès lors aussi, l'acte annulé comme vente doit être maintenu comme donation déguisée.

La doctrine et la jurisprudence ont dès longtemps proscrit ce système. L'absence d'un risque certain enlève au contrat son élément le plus substantiel. Et cette règle, que nous venons de voir s'appliquer lorsque les parties ont ignoré

¹ Perczins, in *Cod.*, L. II, t. V, n° 23.

² *Id.* Tropolong, sur l'art. 1773; Delvincourt, t. II, p. 372, note 6.

l'état de maladie du crédentier, doit *a fortiori* régir celles qui ont parfaitement connu cet état. Celui qui traite avec un moribond consent à jouer à coup sûr. Il exploite odieusement une inégalité de chances sur laquelle il n'a pu se faire illusion, et en vue de laquelle il n'hésitera pas à s'imposer des charges tellement avantageuses pour le crédentier, que la chance d'en profiter, quelque faible qu'elle fût, peut avoir déterminé la conduite de celui-ci.

Convertir une vente de ce genre en une donation déguisée, c'était effacer de notre Code l'article 1753; c'était fermer les yeux à l'évidence et méconnaître la pensée réelle du vendeur. Celui qui étant libre de donner à charge d'une rente viagère a préféré vendre à ce titre, a suffisamment prouvé qu'il n'a pas eu l'intention de se montrer libéral, intention sans laquelle il ne saurait exister de donation. N'est-ce pas d'ailleurs parce que l'idée de donner lui répugnait, que le créancier n'a voulu consentir qu'une vente? Et l'acheteur lui-même ne serait-il pas réduit à accepter celle-ci que parce que, malgré tous ses efforts, il n'a pas réussi à arracher une libéralité qu'il a peut-être longtemps poursuivie? C'est cette double éventualité que l'article 1753 a pour but de prévenir.

Ce qu'il faut donc admettre dans notre hypothèse, c'est que, bercé de cette espérance inséparable de notre faiblesse, le malade s'est fait illusion sur son état; qu'il a cru survivre à la maladie, et que dans cet espoir, loin de vouloir faire une libéralité, il a saisi l'occasion d'améliorer l'avenir qu'il se promettait. On comprend, en effet, qu'on ne marchandera pas ses exigences, et que ses désirs sur la quotité de la rente ne trouveront pas un contradicteur sérieux chez celui qui a d'avance la certitude de ne pas la supporter longtemps. Dès lors son consentement est vicié par l'erreur, et il serait aussi immoral qu'injuste de permettre qu'il pût produire un effet quelconque.

C'est ce qu'enseigne Troplong. C'est ce que la cour de cassation a consacré dans plusieurs circonstances, et notamment par arrêt du 16 juillet 1824.

L'espèce sur laquelle cet arrêt est intervenu offrait cette particularité remarquable que l'aliénation à rente viagère avait été confirmée par un testament postérieur, dans lequel le crédentier déclarait instituer au besoin les acquéreurs ses légataires universels. Mais ce testament lui-même, considéré comme la ratification d'un acte radicalement nul aux yeux de la loi, ne parvint pas à faire illusion à la justice et à

sauver la disposition à l'aide de laquelle le dol et la fraude l'avaient appelé.

1754. — Le même arrêt, décidant que l'article 1753 reçoit son application aux parties contractantes comme au tiers en faveur duquel la rente viagère aurait été stipulée, affectée à sa disposition un caractère qu'il ne faut pas négliger. Il juge, en effet, que, conçu en termes absolus et impératifs, il ne saurait être permis aux parties de déroger à ses prescriptions et d'en paralyser les effets; en d'autres termes, qu'il est d'ordre public. La conclusion juridique qu'en tire Dalloz, c'est que les parties ne pourraient renoncer à se prévaloir de la nullité qu'il consacre.

« Il y a là, dit cet éminent jurisconsulte, une présomption qui n'admet pas de preuve contraire, et qui a pour objet d'empêcher qu'au moyen d'un contrat aléatoire, dans lequel le créancier pourrait entrevoir quelque équivalent, il ne se déterminât à une donation qu'il n'aurait pas consentie sans cette considération. Dans le cas le plus ordinaire où la rente est établie sur la tête même du constituant, sa déclaration de vouloir valider le contrat, s'il vient à mourir dans les vingt jours, n'est pas une preuve non équivoque de sa volonté de faire une donation au lieu d'un contrat aléatoire, car, en stipulant ainsi, le constituant n'agissait qu'avec ce sentiment intérieur qui rattache l'homme à la vie, et qui lui fait croire, jusqu'au dernier moment, qu'il n'arrive pas encore au terme de sa carrière ¹. »

Si l'existence d'une déclaration de cette nature n'imprime pas à l'acte le caractère de libéralité pouvant le faire maintenir comme donation déguisée, il est évident que la question de ce maintien, soulevée en l'absence de toute déclaration, ne saurait être douteuse. L'arrêt de la cour de cassation et l'opinion de Dalloz érent, en faveur de cette dernière hypothèse, un *a fortiori* incontestable.

1755. — Donc l'article 1753 est d'ordre public et les parties ne peuvent y déroger. L'acte qui se proposerait ce but directement ou indirectement doit dès lors être annulé. Or, en matière de vente à rente viagère, la fraude est facile. En effet, elle peut être consentie par acte sous scing privé, et rien n'est plus facile que de recourir à une antidate, surtout lorsque, déjà atteint de maladie, le vendeur est exposé à céder dans les vingt jours. Il suffira que cette crainte puisse être conçue pour que l'acheteur exige et donne à l'acte une date qui le place à l'abri de la disposition de l'article 1753.

¹ T. X, p. 474, n° 14.

L'effet de cette fraude était d'autant plus à redouter qu'il menaçait d'être plus efficace. La vente ne peut être attaquée que par les héritiers du vendeur ou soit ses ayants cause. Or, l'article 1322 déclare que l'acte sous seing privé fait foi de sa date, non-seulement entre les parties contractantes, mais encore contre leurs héritiers et ayants cause, et l'article 1328 n'exige l'accomplissement des conditions devant assurer la certitude de la date qu'en ce qui concerne les tiers.

L'application de ces dispositions aux héritiers poursuivant, aux termes de l'article 1975, la nullité de la vente à rente viagère, créait donc contre leur demande une fin de non-recevoir invincible. On a été dès lors tout naturellement amené à se demander si cette application était juridiquement admissible.

1756. — La cour de cassation a formellement consacré la négative¹, et cette solution renferme une juste appréciation des principes généraux et de l'esprit de l'article 1975 en particulier. Toutes les fois que la loi confère expressément un droit, la faculté de l'exercer est directement puisée dans la loi elle-même plutôt que dans la qualité de la partie. Or, l'article 1975 crée la nullité de l'acte fait dans les conditions prescrites en faveur des héritiers du vendeur. Dès lors, en demandant cette nullité, ceux-ci usent d'un droit qui leur est propre et personnel; qu'ils tiennent si peu de leur auteur qu'il n'a jamais pu l'exercer lui-même.

1757. — Subordonner l'action des héritiers au droit qu'aurait eu son auteur, c'était donc, comme l'observe la cour de cassation, rendre illusoire et sans effet la disposition de l'article 1975, puisque la nullité qu'elle prononce au cas prévu ne pourrait jamais être invoquée par l'héritier.

Il fallait donc, pour ne pas condamner l'article 1975 à n'être qu'une menace vaine et sans portée réelle, reconnaître qu'en en poursuivant l'application, les héritiers n'agissent pas du chef de leur auteur, et que dès lors ils ne peuvent être écartés par les prescriptions de l'article 1322; qu'à leur égard la vente à rente viagère ne peut être valable qu'autant qu'il est constant qu'elle a été faite hors le temps de la maladie et plus de vingt jours avant le décès du vendeur.

1758. — Quelle est la conséquence légale de cette règle? Delvincourt enseigne que l'héritier se trouvant dès lors placé sous les termes de l'article 1328, la vente n'a contre lui d'autre date

que celle de l'enregistrement; que si cet enregistrement se place dans les vingt jours du décès, ou si l'acte n'a pas même acquis date certaine avant, la vente est présumée de plein droit avoir été consentie dans la période illicite, et doit être annulée.

Cette doctrine paraît logiquement devoir s'induire de la règle que nous venons de rappeler, à savoir: que, par rapport à l'héritier, il n'y a vente valable qu'autant qu'il est prouvé que celle invoquée s'est réalisée hors des conditions prévues par l'article 1975. Or, cette preuve n'est pas acquise lorsque l'acte sous seing privé n'a acquis date certaine qu'à la mort du vendeur ou depuis.

Mais cette doctrine a paru trop rigoureuse. On a dit que si l'héritier n'était pas dans l'hypothèse l'ayant-cause, dans le sens de l'article 1322, il n'était pas non plus un tiers dans l'acception de l'article 1328; que bien qu'il exerçât un droit propre et personnel, on ne devait pas cependant oublier que ce droit il le trouvait dans sa qualité d'héritier; qu'enfin l'article 1975 n'annule le contrat, dans l'hypothèse qu'il prévoit, que lorsque la preuve des conditions exigées est acquise; que l'acte sous seing privé n'établit pas par lui-même la validité de la vente, cela se comprend; mais il n'en crée pas moins une présomption devant être acceptée jusqu'à preuve contraire. Conséquemment, tout ce que peut raisonnablement prétendre l'héritier, c'est d'être admis, nonobstant les indications du titre, à justifier qu'il a été réellement fait en temps prohibé.

Cette conséquence déjà indiquée par la cour de cassation, dans l'arrêt du 15 juillet 1824, a été expressément consacrée par elle le 5 avril 1842. La cour de Toulouse, appliquant la doctrine de Delvincourt, avait annulé une vente à rente viagère, par cela seul qu'étant sous seing privé, elle n'avait pas été enregistrée en temps utile. Mais son arrêt, déferé à la cour suprême, fut cassé comme ayant méconnu le véritable caractère de l'article 1975².

Ainsi, l'acte sous seing privé, même non enregistré, est opposable à l'héritier, agissant en vertu de l'article 1975, en ce sens que la date qui y est indiquée est présumée sincère. Mais cette présomption peut être combattue par la preuve contraire qui peut être faite par témoins et par présomptions.

1759. — Dans ce cas, comme dans toutes les autres hypothèses où la vente à fonds perdu est

¹ 19 janv. 1814; 15 juillet 1824.

² J. D. P., t. I, 1842, p. 489.

querellée à l'endroit de l'article 1775, la nullité de la vente est absolument attachée à la réunion, à la simultanéité des deux conditions que cet article exige. Il faut donc qu'il soit établi 1° que le créancier était, au moment du contrat, atteint de maladie ; 2° que le décès survenu avant le vingtième jour est la conséquence de cette maladie. En conséquence, si le vendeur était bien portant au moment du contrat, la mort survenue dans les vingt jours n'exercerait aucune influence sur le sort de la vente. Il en serait de même si la mort, dans ce même délai, reconnaissait une autre cause que la maladie dont ce vendeur était atteint au moment du traité.

1700. — De ce que l'article 1775 ne parle que du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne, on a voulu induire qu'il ne doit recevoir aucune application lorsque la rente a été constituée sur plusieurs têtes. Mais c'est là évidemment exagérer la règle universellement adoptée : que cet article est limitatif et restrictif. Sans doute ce caractère est absolu lorsqu'il s'agit d'appliquer la sanction pénale qu'il consacre, mais vouloir l'étendre à la modalité de sa disposition, c'est se jeter dans une confusion inadmissible.

Si la loi ne parle que du contrat souscrit par une personne ou dans l'intérêt d'une seule personne, c'est qu'elle a dû s'arrêter au cas le plus usuel. Quel motif raisonnable pourrait-on d'ailleurs alléguer pour faire maintenir l'acte, si les deux têtes sur lesquelles la rente est établie, atteintes d'une maladie mortelle au moment du contrat, y ont succombé l'une et l'autre avant l'expiration des vingt jours ?

Posée dans ces termes, la question est facilement résolue. L'esprit de la loi ne permet même pas le doute. La vente devrait être annulée.

1701. — Mais une difficulté plus réelle se présente lorsque la rente étant constituée en faveur de plusieurs personnes, l'une d'elles meurt dans les vingt jours de la maladie dont elle était atteinte à l'époque du contrat. Quel sera le sort de l'acte, à l'endroit des autres créanciers et des héritiers du décédé, si celui-ci se trouve être le vendeur ?

Dans cette hypothèse, il est certain que le contrat ne laisse pas que d'être aléatoire. L'obligation du débiteur de la rente se continue pendant la vie des créanciers survivants, et son terme ne peut être ni précisé ni entrevu. Le contrat renferme donc un risque certain et déterminé qui devrait en assurer le maintien. C'est dans ce sens que se prononce Troplong, et c'est

aussi ce que la cour de cassation a décidé le 22 février 1820¹.

Ce qu'il importe de remarquer dans cet arrêt, c'est le soin que met la cour de cassation à faire ressortir qu'il a été formellement convenu en fait que la rente serait payée, en totalité et sans réduction, au dernier survivant. Elle semble, par cela même, indiquer que, dans le cas contraire, elle eût décidé autrement qu'elle ne le fait.

Il est, en effet, possible que la réduction, s'opérant par le décès d'un créancier, fit totalement disparaître l'aléa du contrat, ou le réduisit tellement que le risque qui en est l'essence disparût en totalité. La conséquence logique de l'un ou de l'autre serait donc l'annulation du contrat.

Mais, dans cette hypothèse même, cette annulation n'est pas de plein droit, elle se trouve nécessairement subordonnée à l'importance de la réduction, à l'état de choses qu'elle crée pour l'avenir. Ainsi si, cette réduction opérée, l'excédant à payer par le débiteur, à titre de rente annuelle, est encore dans de justes proportions avec la valeur des choses aliénées, eu égard à l'âge du créancier survivant, un risque sérieux continue d'exister, et le contrat n'a rien perdu de son caractère aléatoire. Il serait donc par trop rigoureux d'en prononcer la nullité.

Ainsi la mort d'un des créanciers, réalisée dans les vingt jours du contrat, et causée par la maladie dont il était atteint au moment de ce contrat, laisse la convention produire tous ses effets, si la totalité de la rente doit continuer d'être payée au survivant. Il en serait autrement si la rente déclarée réductible n'était plus, après la réduction opérée, en rapport avec les caractères et les conditions d'une rente viagère à fonds perdu, comme si, par exemple, elle devenait inférieure aux revenus des biens. Dans tous les cas la question de savoir si le contrat a conservé ou perdu l'élément aléatoire en formant l'essence est abandonnée aux lumières et à la prudence des juges.

1702. — La rente viagère constituée à titre onéreux est saisissable et cessible. La stipulation contraire insérée au contrat ne saurait même être opposée aux créanciers.

Cela n'est pas même discutable à l'endroit des hypothécaires. L'immeuble affecté à leurs créances demeurerait, entre les mains de l'acquéreur, grevé de leurs inscriptions, et lui-même, soumis à toutes les obligations du tiers détenteur, serait

¹ Troplong, sur l'article 1775.

tenu de payer ou de délaisser. Il pourrait même, en cette qualité, être exproprié de l'immeuble.

Il n'en est pas de même des créanciers cédulaires. L'aliénation des immeubles du débiteur leur enlèverait valablement le gage que ces immeubles leur offraient pour le paiement de ce qui leur est dû, en tant cependant qu'elle ne serait pas effectuée en fraude de leurs droits. Mais il ne pouvait dépendre de personne, moins encore du débiteur, de leur enlever tout recours sur le prix, fût-il une simple rente viagère. Ils pourront donc, malgré toute stipulation contraire, saisir cette rente et faire ordonner qu'elle leur sera directement payée par le débiteur, jusqu'à concurrence de leurs droits.

Le taux annuel de cette rente peut même avoir été frauduleusement concerté à l'effet de lésier d'autant les droits des créanciers. La preuve de cette fraude devrait entraîner la nullité de la vente, et les créanciers sont recevables non-seulement à la proposer, mais encore à la fournir tant par titres que par témoins et par présomptions. L'article 1167 ne permet pas le moindre doute à cet égard.

De plus, et en vertu de l'article 1166, les créanciers sont recevables à poursuivre la rescision de la vente à fonds perdu, pour cause de lésion. Nous venons de voir que l'article 1674 est applicable à cette vente comme à toutes les ventes ordinaires. Dès lors l'action, appartenant incontestablement au vendeur, peut être exercée par les créanciers agissant en son nom et comme ses ayants cause.

1763. — Quels sont les effets de l'admission de l'action en fraude des créanciers, contre la vente consentie par le débiteur, quel qu'en soit le caractère ?

Cette question se résout facilement à l'encontre de l'acheteur direct. L'admission de l'action paulienne suppose nécessairement sa complicité dans la fraude du débiteur. La conséquence naturelle de cette complicité est de lui faire perdre tous droits sur la chose qui a fait la matière du contrat. Elle fait donc retour au vendeur sur la tête duquel les créanciers pourront en poursuivre l'expropriation ultérieure.

1764. — Mais cette question acquiert une plus grande importance à l'endroit des tiers auxquels la chose a été revendue par l'acquéreur primitif. Ces tiers pourront-ils être actionnés en délaissement par les créanciers du premier vendeur ?

La solution ne peut être que négative. Bien entendu que nous ne parlons que de l'action paulienne exercée par des créanciers chirogra-

phaires. S'il s'agissait, en effet, de créanciers hypothécaires régulièrement inscrits, leurs droits suivant l'immeuble dans quelque main qu'il passe, leur recours contre tous tiers détenteurs est formellement écrit dans la loi.

Mais il n'en est pas de même des créanciers cédulaires. Ils n'ont aucun droit réel sur les immeubles qu'en tant qu'ils les trouvent en possession de leur débiteur. L'acheteur a donc pu régulièrement acheter et même payer son prix, sans se préoccuper de leur existence.

Aussi si la loi leur permet de recourir contre la vente, ce n'est qu'à la condition qu'ils prouveront la fraude de leur débiteur, celle de l'acheteur. La preuve de l'une n'affecte l'acte que par la preuve de l'autre, et, celle-ci faite, l'acquéreur n'est pas obligé comme tiers détenteur. Il ne l'est que comme tenu de réparer le préjudice qu'il occasionne par son fait.

C'est cette conséquence qui avait fait repousser, en droit romain, la qualification de réelle que Justinien avait donnée à l'action des créanciers. C'est elle qui, sous le droit français, lui a maintenu le caractère d'action pure personnelle. Sans doute elle a pour résultat de faire annuler la vente, mais remarquons que cette nullité ne saurait la faire considérer comme revendicatoire. En effet, ce n'est pas aux créanciers poursuivants que les biens sont restitués. Ils reviennent au débiteur sur la tête duquel ces créanciers pourront les saisir, les faire vendre pour s'en distribuer le prix. Or, ce ne sont pas là les caractères de la revendication, dont la consécration a pour conséquence inévitable de saisir le poursuivant de la propriété des biens en faisant l'objet.

Ainsi l'action paulienne n'a rien de réel dans son origine, rien dans ses effets. Puisée dans un fait personnel, la complicité de la fraude, elle ne peut être exercée que lorsque ce fait existe. Si cela est vrai pour l'acquéreur direct, comment admettra-t-on le contraire contre celui qui a acheté de celui-ci ? La justice et la raison commandent de faire en faveur du dernier ce qu'on décide pour le premier, à savoir : qu'il ne puisse être poursuivi que si, s'associant à la fraude, il en a assumé la responsabilité.

C'est ce que les jurisconsultes romains admettaient sans hésitation. Perezus, entre autres, l'enseigne formellement : *Unde quod dictum, hac actione teneri eum, ad quem res sunt translata; intelligi si eas adquisiverit titulo donationis, aut alio lucrativo; et licet fraudis ignarus fuerit, tamen creditorum causa favorabilior est, qui de damno disceptant. Quod si*

*e diverso res comparaverit, aut in solutione acciperit, cessa hæc actio, nisi fraudem participantem accipientem probetur*¹.

Et ce qui doit le faire décider ainsi, ajoute cet auteur, c'est qu'en cette matière, si la preuve de la fraude fait ordonner la nullité de la vente, c'est uniquement pour empêcher que l'acquéreur ne puisse se faire un titre de son propre dol, *ne dolus suus prosit, contra naturalem æquitatem*. Cette considération n'a rien perdu de sa force sous l'empire de notre Code. Elle est encore l'origine et la cause de l'action révocatoire. Elle doit en régler encore le caractère et les effets.

En résumé donc, la restitution de l'immeuble, acquis en fraude des droits des créanciers, n'est ordonnée qu'à titre de dommages-intérêts pour la réparation du préjudice résultant du quasi-délit dont l'acheteur est convaincu. Ce n'est pas ici une résolution dont les effets légaux soient opposables aux tiers qui sont restés étrangers à la fraude, c'est une peine toute personnelle dont nul autre que lui n'a à supporter les conséquences. Le tiers de bonne foi n'est tenu ni personnellement ni réellement envers les créanciers du vendeur primitif. Ceux-ci sont donc, en ce qui le concerne et d'une manière absolue, sans action.

Dès lors, aussi, la restitution à titre de dommages-intérêts ne peut être ordonnée qu'en tant que les biens sont encore dans les mains du complice de la fraude. Dans le cas contraire, la réparation du préjudice en résultant consistera dans une allocation pécuniaire qui pourrait égaler ou dépasser même le prix de la revente, suivant les circonstances.

Le tiers acquéreur ne peut pas être dans une position pire que celle de l'acquéreur primitif. La vente n'étant nulle, à l'endroit de celui-ci, que par la preuve de la complicité dans la fraude du débiteur, ne pourrait l'être, à l'encontre du tiers, que par la même preuve. L'absence de cette preuve produirait donc pour le tiers un effet identique à celui qu'elle aurait pour l'acquéreur primitif, à savoir : le maintien de la vente.

Ajoutons que si le tiers avait reçu l'immeuble à titre lucratif, la preuve de la participation à la fraude devient d'autant plus indifférente que l'ignorance dans laquelle il serait resté sur l'existence de cette fraude ne serait nul obstacle à la révocation de l'acte. Or, ce caractère de liberté peut être dissimulé précisément en pré-

vision de ce résultat. Conséquemment les créanciers sont autorisés à prétendre et à prouver, même par témoins et par présomptions, que la prétendue vente n'est qu'une donation déguisée. La preuve faite amènerait pour conséquence la nullité de la convention, les biens aliénés feraient retour sur la tête du vendeur primitif.

1765. — La vente de droits successifs peut devenir une occasion de fraude contre les créanciers de l'héritier. En effet, celui-ci, ne pouvant se dissimuler que le profit de l'hérédité doit être absorbé par le paiement de ses obligations, peut concevoir la pensée de se soustraire à la nécessité de ce paiement, et l'exécuter en vendant ses droits soit à son cohéritier, soit à un tiers.

1766. — Cette vente serait inévitablement sans effets, si elle était postérieure à l'opposition que les créanciers du vendeur auraient formée à la levée des scellés. A dater de ce moment, le débiteur ne peut isolément rien faire qui puisse nuire à ses créanciers. La disposition de ses biens qu'il ferait, contrairement à l'obligation d'y appeler le créancier opposant, serait donc, à son égard, légalement présumée frauduleuse, et dès lors incapable de sortir à effet.

Il en serait de même vis-à-vis de celui qui aurait traité avec le débiteur. Vainement voudrait-il exciper de sa bonne foi et de l'ignorance de l'opposition du créancier. Cette excuse n'est pas acceptable. Celui qui traite de droits successifs doit s'enquérir de l'état de la succession, de la position de celui qui demande à céder. Or, la moindre recherche doit lui signaler l'existence de l'opposition. S'il n'en a fait aucune, s'il a aveuglément suivi la foi de son cédant, il a commis une grave négligence dont les conséquences ne sauraient raisonnablement être mises à la charge du créancier.

1767. — Le créancier non opposant ne perd pas le droit d'attaquer, comme frauduleuse, la cession de ses droits par son débiteur, mais il est, dans cette hypothèse, obligé de prouver la fraude du cédant, celle du cessionnaire lui-même. Cette preuve, pouvant être faite par témoins, peut également résulter de présomptions graves, précises et concordantes. La vileté du prix, eu égard à la valeur réelle des droits faisant la matière du traité, serait de nature à exercer une puissante influence.

1768. — Aussi cette circonstance se rencontrera-t-elle rarement. On exagérera le prix plutôt que de le réduire, dans l'intention d'écarter le soupçon, ce qui n'empêchera pas les parties de compter et de recevoir un prix moindre que

¹ In Cod., lib. VII, tit. LXXV, n^o 6.

celui porté au contrat. Mais la preuve de cette simulation serait décisive contre le cessionnaire lui-même. En effet, on conclurait très-logiquement de ce qu'il s'est prêté à l'exagération du prix, qu'il a connu les motifs que le vendeur a eus d'en agir ainsi, et cette connaissance le constitue en état flagrant de complicité de la fraude, à la consommation de laquelle il a prêté les mains.

1769. — L'exagération du prix de la cession peut avoir un autre motif que le désir de frauder les créanciers. On sait que dans un but de morale, que par respect du secret qu'exigent les affaires de famille, le législateur a autorisé les héritiers à écarter de la succession l'étranger auquel un d'eux a cédé ses droits. L'exercice de cette faculté est nécessairement subordonné au remboursement du prix payé par le cessionnaire.

Ainsi, menacé de voir sa spéculation échouer, l'acheteur de droits successifs ne manquera pas de stipuler dans l'acte un prix supérieur à celui qu'il compte réellement, la différence devant, dans tous les cas, constituer un bénéfice en sa faveur.

Cette fraude était trop facile, trop immuente pour que le législateur ne dût pas s'en préoccuper. Comme moyen de la prévenir ou de la réprimer, il autorise le retrayant, quels que soient les termes de l'acte, à contester l'exactitude du prix, à en prouver l'exagération tant par titres que par témoins et par présomptions. Cette faculté se justifie juridiquement sous le rapport des principes généraux du droit. Le retrayant exerce un droit qui lui est propre et personnel ; il n'est ni le représentant, ni l'ayant cause du cessionnaire. On ne saurait donc ni lui opposer, comme obligatoire, un acte auquel il est demeuré étranger, ni l'empêcher de justifier par témoins une fraude dont il a été évidemment dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite.

Dès lors, l'acte, fût-il public et authentique, ne fait pas foi de la sincérité du prix. Ce que le retrayant est obligé de rembourser, c'est ce qui a été réellement payé et non ce qu'il a plu aux parties d'indiquer comme l'ayant été.

1770. — Mais la connaissance du prix réel n'est pas toujours facile. Le cohéritier exerçant le rachat peut très-bien être convaincu de l'exagération du prix apparent et en faire la preuve ; mais il pourra, en même temps, se trouver dans l'impossibilité d'indiquer le prix réel. Ce défaut d'indication doit-il avoir pour résultat de l'obliger à restituer le prix porté dans le contrat ?

Cette conséquence serait aussi anormale qu'in-

juste. La preuve du mensonge de l'acte à l'endroit du prix, celle de son exagération, infirme nécessairement le droit du cessionnaire d'en être restitué. Comment admettre le contraire, et consacrer la fraude par cela seul que le mystère dont ses auteurs se sont enveloppés empêche de saisir la vérité sur les bases adoptées par elles ? Faudra-t-il punir d'une fraude celui-là même qui devait en être la victime ?

1771. — La cour de Paris ne l'a pas pensé ainsi. Elle a, en conséquence, jugé que lorsque le retrayant est dans l'impossibilité d'indiquer le prix réel, c'est au juge à apprécier, suivant ses lumières et sa conscience, la somme que celui qui a voulu frauder a pu et dû donner, selon les circonstances où les parties se trouvent placées¹.

Le seul reproche qu'on pourrait faire à cette doctrine est celui d'atteindre, dans certains cas, à ce résultat : que l'appréciation du magistrat restant en deçà de la vérité, le cessionnaire ne sera pas remboursé de tout ce qu'il aura payé. Mais cet inconvénient ne saurait mériter aucune considération, car, s'il se réalise, c'est uniquement par le fait propre et personnel de celui qui s'en plaindrait. Que celui qui a voulu, au mépris de la loi, frauder des tiers, soit pris dans son propre piège, le malheur n'est pas grand ! Il faut même avouer qu'il ne répugne nullement à la morale et à la justice, comme tout ce qui tend à rappeler les parties et à les maintenir dans les voies de la loyauté et de la franchise.

Il ne saurait donc prévaloir sur les conséquences qu'entraînerait le système contraire, conséquences tellement monstrueuses, qu'on n'osait pas même en demander le bénéfice dans l'espèce jugée par la cour de Paris. On se bornait, en effet, à demander que, par experts connus, la valeur des choses cédées fût appréciée, pour le résultat de cette expertise devenir le prix à restituer.

Mais cette prétention fut repoussée par cette raison décisive que le retrayant n'a pas à rembourser la valeur réelle des objets dont il demande à rentrer en possession. Tout ce que l'article 841 exige de lui, c'est qu'il paye le prix que le cessionnaire en a donné ; c'est donc ce prix et non la valeur réelle qu'il faut établir. Une expertise est donc illusoire, car, dès qu'il y a lieu à une appréciation de cette nature, elle ne peut résulter que de l'examen minutieux des circonstances de la cause, des présomptions que ces circonstances révèlent, des interrogatoires des parties, des témoignages fournis. Il est évident,

¹ 14 février 1834.

dès lors, que tout cela rentre dans le domaine naturel du juge, à qui cet examen appartient exclusivement.

Il était conséquemment impossible de méconnaître le caractère juridique de la doctrine de la cour de Paris. Aussi, sur le pourvoi dont son arrêt fut l'objet, cette doctrine obtint-elle la haute sanction de la cour de cassation¹.

1772. — Comme conséquences du principe qui en fait la base, l'arrêt de la cour de Paris et celui de la cour de cassation consacrent ces deux points importants :

1^o Que la restitution des droits d'enregistrement doit être calculée sur le prix réellement payé et non sur celui ostensiblement déclaré dans l'acte. Dans l'espèce, la différence était importante, car le prix apparent était de 60,000 francs, tandis que celui reconnu payé ne s'élevait qu'à 1,930 ;

2^o Que le retrayant n'est pas obligé de restituer les honoraires et frais purement personnels et relatifs au cessionnaire.

Il est évident, dans le premier cas, que les frais d'enregistrement ne sont déboursés que parce que les parties ont eu l'intention de frauder. Or, une intention de cette nature ne peut jamais avoir pour résultat d'aggraver la position de celui à qui la fraude pouvait préjudicier. Conséquemment, les frais auxquels cette intention a donné lieu doivent nécessairement être laissés à la charge de celui qui s'est exposé à la chance de les déboursier en pure perte.

Ce qui justifie la solution sur ce premier point légitime une solution identique sur le second. En effet, le cessionnaire sait qu'il est exposé au retrait ; que celui-ci se réalisait, il ne peut exiger que le remboursement de ce qu'il a payé lui-même. Dès lors, si cette éventualité ne l'a pas arrêté, s'il en a volontairement couru la chance, il n'a aucun droit de demander une indemnité quelconque des peines et soins qu'il a pu prendre pour la liquidation de l'hoirie.

1773. — La difficulté que nous venons de signaler et de résoudre en trancher une autre que l'exercice du retrait pouvait faire surgir. La demande doit-elle être précédée ou accompagnée de l'offre réelle du prix à restituer ?

L'article 841 garde, sur cette obligation, le plus complet silence, et ce silence est une juste conséquence de l'éventualité que nous venons d'examiner. Comment concevoir, en effet, la né-

cessité d'une offre réelle, lorsque le retrayant peut ignorer la somme qu'il aura, en définitive, à rembourser ? La condition devenant irréalisable, on ne pouvait raisonnablement lui subordonner l'exercice du droit de retrait.

Il suffit donc que celui qui en poursuit le bénéfice offre, dans la demande même, de restituer le prix et tous ses légitimes accessoires, tels qu'ils résulteront du jugement à intervenir. C'est ce que la doctrine et la jurisprudence ont, de tous temps, admis et consacré².

1774. — Le bénéfice du retrait est définitivement acquis, dès que l'intention de l'exercer a été régulièrement manifestée. Tous actes postérieurs, tendant à en paralyser les effets, ne sauraient être invoqués contre le retrayant. Néanmoins présumés faits pour éluder la loi à cet égard, ils ne sauraient être consacrés.

Ainsi, il a été jugé que le cohéritier, qui a offert en justice, au cessionnaire des droits successifs de son cohéritier, le remboursement du prix de la cession, a, dès ce moment, et quoique son offre n'ait pas été acceptée, un droit acquis à la subrogation, droit qui ne peut être compromis par les actes faits ultérieurement entre le cédant et le cessionnaire ; spécialement, qu'une demande en retrait successoral ne peut être écartée par le motif que le cessionnaire d'une partie des droits successifs d'un des cohéritiers est, en même temps, donataire d'une autre partie de ces droits, lorsque l'acte qui lui confère cette dernière qualité est postérieur à la demande en retrait³.

Par application du même principe, la cour de Paris a jugé, le 16 mai 1823, que la résolution de la cession, intervenue entre les parties postérieurement à la demande en retrait, ne pouvait rendre cette demande irrecevable ou mal fondée.

Dans l'espèce de cet arrêt, la résolution avait été poursuivie et prononcée pour défaut de paiement du prix. Une pareille action, alors que, par l'effet immédiat du retrait, le prix était offert par le retrayant, n'avait pas d'autre motif possible que l'intention concertée entre le cédant et le cessionnaire d'empêcher l'exercice du retrait, et d'annihiler ainsi une faculté formellement reconnue par la loi. C'est donc avec juste raison qu'on déclara que la rescision, étant postérieure à la déclaration du retrait, ne pouvait prévaloir sur le droit acquis par cette déclaration.

¹ 1^{re} juillet 1833.

² Chabot, t. III, art. 841, n^o 25 ; Duranton, t. VII, n^o 290.

Besançon, 31 janvier 1809 ; Aix, 5 décembre 1809 ; Pau,

10 juin 1830 ; Bourges, 16 décembre 1833 ; Bastia, 25 mars 1835.

³ Cass., 4 mai 1829.

1775. — Le cessionnaire, évincé par le retrait, n'a aucune garantie à exercer contre le cédant. Cette règle a son principal fondement dans ce principe : que l'acquéreur, connaissant le vice de la chose qu'il a achetée, ne peut se plaindre des conséquences que ce vice entraîne. Or, celui qui accepte une cession de droits successifs doit savoir qu'il dépend des héritiers de se faire subroger au bénéfice de son contrat, en lui en restituant le prix et ses légitimes accessoires. Cette restitution opérée, il est complètement désintéressé. Quelle garantie peut-il donc avoir à exercer ?

1776. — La cour de cassation a même décidé que, le retrait successoral reposant sur des motifs d'ordre public, aucune stipulation entre le cédant et le cessionnaire ne pouvait avoir pour effet d'en gêner ou d'en compromettre l'exercice ; qu'ainsi, la promesse formelle de garantie ne pouvait être opposée au retrayant, alors même que, depuis la cession, celui-ci serait devenu l'héritier du cédant.

Le contraire avait été admis par la cour de Dijon. Son arrêt avait déclaré la demande en retrait non recevable, attendu que le cohéritier la poursuivant était devenu l'héritier du cédant et, conséquemment, tenu de la garantie promise par celui-ci ; qu'il devait donc être évincé de sa poursuite en force de la règle de droit : *Quam de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Mais, sur le pourvoi dont il fut l'objet, cet arrêt fut cassé par la cour régulatrice, comme ayant fausement appliqué les principes relatifs à la garantie et expressément violé l'article 841 ¹.

1777. — Ce caractère absolu du droit conféré par l'article 841 sera dans le cas de déterminer, chez ceux qui désireront en éluder les effets, une fraude consistant dans la simulation de la nature du contrat. On sait en effet que, recevable contre tout acte à titre onéreux, l'action en retrait n'est pas autorisée contre le donataire à titre gratuit. En conséquence, et malgré qu'il s'agisse d'une cession, et que le prix en ait été payé, les parties consentiront une donation.

Sans doute, dans cette hypothèse comme dans celle d'un acte à titre onéreux, il se produit un effet identique. Ainsi, un étranger viendra s'immiscer dans les secrets de la famille, prodiguer les obstacles, semer les difficultés, éterniser enfin des opérations que les liens existants entre des copartageants ordinaires concilieraient facilement.

Cependant la défense d'exercer le retrait contre un donataire est rationnelle et juste. Celui qui dispose de sa propriété à titre gratuit ne fait qu'user du droit incontestable que la qualité de propriétaire lui confère. On ne pouvait donc ni l'empêcher de céder aux sentiments de reconnaissance et d'affection auxquels il obéit, ni lui imposer l'obligation de préférer un de ses cohéritiers à celui qu'il choisit lui-même. D'autre part, la donation n'ayant aucun prix, qu'aurait-on dû rembourser à celui qui en a été l'objet ?

La différence entre le cessionnaire et le donataire était donc une conséquence forcée de la nature des choses, et c'est cette différence qu'on exploitera dans certains cas pour arriver indirectement au but qu'on ne saurait atteindre d'une manière directe.

Mais pour qu'on puisse s'en attribuer le profit, il ne suffit pas d'une vaine apparence, il faut qu'il s'agisse d'une véritable libéralité, d'une donation sincère. L'acte ne fait pas plus foi de son caractère que du prix qui y est stipulé ; le retrayant, qui a la faculté de contester celui-ci, a le droit de discuter celui-là ; de prouver par toute sorte de preuves que la qualification de donation n'est qu'un mensonge, à l'aide duquel on a prétendu lui arracher tout moyen d'exercer le retrait ; cette preuve faite, l'acte tombe sous le coup de l'article 841, le prétendu donataire n'est plus qu'un cessionnaire ordinaire, n'ayant plus qu'à recevoir la restitution du prix qu'il a payé, et qui, à défaut d'indication précise, doit être, comme nous venons de le dire, déterminé par le juge.

1778. — L'effet radical de la donation, à l'endroit de l'exercice du retrait, indique une difficulté que la poursuite de celui-ci peut faire surgir. Le cessionnaire, auquel le cohéritier voudra se faire subroger, pourrait-il faire repousser la demande en soutenant que la vente qui lui a été consentie n'a rien de réel, qu'elle n'est qu'une donation déguisée ?

L'affirmative, si elle était admise, aurait pour conséquence inévitable d'effacer de notre loi l'article 841, en le rendant à tout jamais inapplicable. Dans tous les cas, en effet, où il s'agirait de retrait, le défendeur ne manquerait pas de soutenir que la cession déguise une libéralité, et de faire ainsi repousser l'action du retrayant. Cette considération suffirait à elle seule pour faire repousser le système auquel elle servirait de base.

Mais il est d'autres motifs non moins décisifs qui commandent ce rejet. Sans doute la dona-

¹ Cass., 15 mai 1844 : *Journal du Palais*, t. I, 1844, p. 736.

tion, déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, ne laisse pas que d'être valable. Mais cet effet ne se produit qu'en tant que la simulation n'a pas pour objet de frauder la loi, soit à l'endroit d'une prohibition d'ordre public, soit sous le rapport de la capacité des parties.

De plus, la partie qui a coopéré à la fraude ne peut jamais en exciper contre les tiers; elle est, par rapport à eux, tenue par les termes de son contrat, sans qu'elle puisse jamais prouver contre eux outre et hors son contenu.

Ainsi, du vendeur à l'acquéreur, l'acte de vente déguisant une donation est valable. Mais ce dernier pourrait-il, excipant de ce caractère, se dispenser de payer le prix stipulé que les créanciers auraient saisi entre ses mains? Non évidemment.

Ce qu'on déciderait dans cette circonstance, on doit d'autant plus le consacrer dans notre hypothèse, qu'en présence de l'article 841, l'existence d'une libéralité déguisée est d'autant plus invraisemblable. Qu'aurait-on voulu en donnant? Mettre le cessionnaire à l'abri du retrait. Mais, alors, il est fort remarquable qu'au lieu d'employer un moyen décisif d'atteindre à ce but, celui de faire une donation pure et simple, on ait reconnu à une simulation devant rendre ce résultat désiré plus difficile et plus chanceux. On comprend que, pour éluder la loi, on déguise une vente, en la qualifiant de donation; ce qu'on ne saurait comprendre, c'est que, voulant faire une donation, et les parties étant réellement capables de la consentir et de l'accepter, on l'ait déguisée sous l'apparence d'une vente.

Dans tous les cas, le titre étant obligatoire pour celui qui l'a souscrit, on ne saurait l'admettre à se soustraire à son exécution, sans violer la prohibition de l'article 1541, sans méconnaître les droits des tiers. Conséquemment, et pour la question qui nous occupe, il suffira qu'il s'agisse d'un acte de vente pour que le retrait soit admis, nonobstant toute prétention tendant à le faire considérer comme donation déguisée¹.

1779. — Aucune fio de non-recevoir ne saurait donc résulter ni des termes, ni du caractère de l'acte. Les seules opposables sont celles tirées de la ratification que le retrayant aurait donnée à l'acte, de l'expiration du délai qui lui est imparti pour exercer son droit.

La ratification expresse ne laisserait aucun doute sur l'extinction du droit. Il est vrai, et

c'est, nous venons de le voir, ce que la cour de cassation a décidé, que le retrait est d'ordre public, ce qui semblerait exclure toute possibilité de ratification. Mais, dans cet ordre même, sa disposition est principalement dans l'intérêt des cohéritiers; dès lors, ils ne peuvent malgré eux être privés de leur droit, mais ils peuvent vouloir s'abstenir de l'exercer, et la loi s'en réfère sur ce point à leur appréciation. Cette abstention, résultant de ce qu'ils auraient ratifié la cession, en déclarant qu'ils ne veulent pas l'attaquer, rendrait tout retrait ultérieur impossible.

La possibilité d'une ratification expresse entraîne celle d'une ratification tacite, mais ici il convient de procéder avec la plus extrême circonspection. On ne doit pas présuumer facilement que les ayants droit aient voulu renoncer à un droit de nature à les préserver des inconvénients que peut offrir pour la famille entière l'immixtion d'un tiers étranger. En conséquence, pour que les actes dont on veut induire la ratification puissent efficacement l'établir, il faut, disent Chabot et Toullier, qu'ils soient tels qu'ils décèlent chez leur auteur l'intention bien marquée de reconnaître les droits du cessionnaire. Conformément à cette doctrine, on ne devrait pas considérer comme ratification les actes intervenus entre l'héritier et le cessionnaire, et qui ne seraient que préparatoires du partage², ou qui tendraient à le déterminer, tels, par exemple, qu'un jugement qui l'ordonne sur la demande du cohéritier, qu'une sommation d'y procéder faite à sa requête³.

La règle générale qu'on pourrait, dit Dalloz, poser à cet égard, serait de ne pas considérer comme entraînant déchéance les actes préalables au partage qui ont pour objet de faire connaître la valeur des biens de la succession et d'éclairer les héritiers sur les inconvénients de la présence d'un étranger⁴.

1780. — L'objet spécial du retrait étant d'écarter du partage l'étranger cessionnaire, il est évident que, si le partage a été contradictoirement consommé avec lui, il ne peut plus y avoir lieu à l'action en subrogation, son exercice ne serait plus qu'un effet sans cause; il ne saurait dès lors être ni recevable, ni admissible.

Mais si le partage consommé vient à être rescindé, la nécessité d'en poursuivre un nouveau fait-elle revivre le droit des héritiers? rend-elle le retrait recevable?

Duranton résout cette question par l'affirma-

¹ Voy. *infra*, nos 1783 et 1784.

² Cass., 15 mai 1833.

³ Paris, 26 février 1816.

⁴ D. A., t. X, p. 502, n° 8.

live. Dès que le partage est rescindé, dit-il, il n'y a plus de partage, les choses sont remises au même état qu'auparavant, et l'acheteur ne se trouve plus qu'un cessionnaire de droits successifs.

Cette doctrine ne nous paraît pas admissible, nous tenons de voir que la cession peut être ratifiée. Chabot et Toullier n'exigent qu'une condition, à savoir : que les actes prétendus ratificatifs soient tels qu'ils décèlent l'intention bien marquée de reconnaître les droits du cessionnaire. Or, y a-t-il un acte plus significatif que l'admission de celui-ci au partage ?

Par cette admission, en effet, l'étranger a été initié à tous les secrets de la famille, un nouveau partage ne lui apprendra rien de nouveau. Le motif déterminant de l'article 841 n'existe donc plus, et dès lors il serait fort irrationnel de faire survivre l'effet à la cause, et de remettre de nouveau en question des droits formellement reconnus et ratifiés.

Ainsi, la consommation du partage avec le cessionnaire consolide à tout jamais ses droits. La rescision qui serait ultérieurement prononcée remet, quant aux résultats obtenus jusque-là, les parties dans le même état qu'auparavant, mais elle ne peut influer sur leur qualité. Toutes celles qui ont participé au premier partage sont de plein droit appelées à concourir au nouveau.

Notre opinion se basant sur la ratification résultant de l'admission du cessionnaire au partage, il suit qu'elle ne serait appliquée que dans les cas où les héritiers ont été à même d'exercer le retrait lors du premier partage. Il est évident que, dans le cas contraire, rien ne s'opposerait à ce qu'ils pussent le réaliser après rescision.

Ainsi, supposez que, le partage consommé par les cohéritiers, l'un d'eux ait cédé les droits lui revenant à un étranger. La rescision ultérieurement prononcée appelle le cessionnaire au nouveau partage, il pourra en être écarté par l'effet du retrait. Sa présence est un fait nouveau, né de la rescision elle-même, il ne saurait se réaliser sans que le droit des héritiers se réalise également. On ne saurait exciper de leur silence précédent, car l'absence de la cession le rendait inévitable et forcé.

Il en serait de même si la rescision avait été prononcée sur la demande d'un héritier inconnu jusqu'alors, et n'ayant pas, par conséquent, pris part au premier partage. Cet héritier aurait incontestablement le droit d'exercer personnellement le retrait, sans qu'on pût lui opposer le fait de ses cohéritiers qui n'ont pas voulu user du droit qu'ils avaient. La ratification opposable à ceux-ci ne pourrait être utilement invoquée à

son endroit; non-seulement il ne l'a pas donnée, mais encore il n'a jamais été en position de la donner¹.

1781. — Ce que l'article 841 fait pour les droits successifs, l'article 1699 le prescrit pour les droits litigieux. Celui contre lequel on a cédé un droit de cette nature peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, avec intérêts du jour du paiement par le cessionnaire.

Les motifs de cette disposition sont frappés au coin d'une haute moralité et d'une exacte justice. On a voulu mettre un terme à la cupidité des acheteurs de droits litigieux et réprimer ainsi les nombreux procès que d'odieuses spéculations font surgir. Celui qui, pour s'enrichir, n'hésite pas à se faire souvent un titre du scandale qu'il va provoquer, ne saurait se plaindre si, par le retrait de ses droits, il se trouve privé du bénéfice qu'il s'en était promis.

La règle de l'article 1699 ne fut pas admise dans le Code sans contestation. Læuec fit observer qu'il peut arriver qu'un homme opulent, pour obliger un citoyen pauvre, lui achète ses droits litigieux. L'adverse partie cependant, qui voit qu'elle va être poursuivie, se hâte de rembourser le cessionnaire. Elle profite donc seule du marché et se soustrait aux condamnations dont elle était menacée.

Trouchet répondit que le procédé du cessionnaire est immoral, même dans ce cas. S'il n'est voulu qu'obliger le plaideur indigent, il lui eût fait des avances. Il est évident qu'en exigeant une cession, il a cédé à un sentiment beaucoup moins généreux, il a voulu se ménager un bénéfice. Cette réponse détermina l'adoption de l'article 1699.

1782. — Sa véritable portée nous est enseignée par le droit romain. Il ne régit que la cession à titre onéreux. La donation d'un droit, quelque litigieux qu'il puisse être, ne saurait être écartée par le retrait. C'est ce que la loi *per diversas* avait formellement consacré.

C'était là une large porte ouverte à la preuve. Ce qui le prouve, c'est que Justinien eut devoir compléter l'œuvre de son prédécesseur, qu'il qualifie de *justissima constitutio*. La loi *ad Anastasio* prévoit donc deux hypothèses : celle où les parties ont donné à la cession le caractère d'une libéralité pure et simple ; celle où, après avoir vendu jusqu'à concurrence du prix, le cédant déclare donner le surplus.

¹ Voy. *infra*, n° 1789.

Justinien exige, dans la première, que la donation soit réelle et sincère. Ainsi, la preuve que le prétendu donataire a payé une somme quelconque pour obtenir la cession imprimée à l'acte le caractère d'une vente, et ne donne au cessionnaire que le droit d'exiger la restitution de la somme déboursée avec ses légitimes accessoires. Dans la seconde, la clause de donation du surplus est censée non écrite et ne saurait produire aucun effet ¹.

Cette doctrine découlait forcément du principe permettant le retrait. Bientôt, en effet, la clause de donation du surplus serait devenue de style dans les cessions de ce genre, et la faculté d'exercer le retrait n'aurait plus été qu'une prérogative nominale, qu'une lettre morte, sans utilité possible.

1783. — Ce qui se pratiquait sous l'empire des lois *per diversas et ab Anastasio*, a été consacré par l'article 1699 qui nous régit. C'est ce que la doctrine et la jurisprudence n'ont pas hésité à reconnaître et à consacrer. En conséquence, la décision de Justinien, dans la double hypothèse qu'il prévoit, devrait être rigoureusement appliquée.

1784. — Une seule difficulté a surgi à l'endroit de la donation pure et simple. On s'est demandé si l'existence de quelques charges de peu d'importance plaçait la donation sous le coup de la loi, et devait la faire considérer comme une vente? L'affirmative est formellement soutenue par Troplong, mais une pareille sévérité d'appréciation nous paraît outrer le principe dont elle prétend faire une juste application.

La question de savoir si la cession est à titre onéreux ou gratuit est une question de fait. Elle ne comporte donc aucune règle absolue. Tout est livré à la conscience et aux lumières des magistrats. Il est évident dès lors que, si par leur nature et par leur objet les charges imposées à la donation n'en dénaturent nullement les caractères, la donation doit être maintenue et les effets appliqués. C'est aussi ce que la jurisprudence a consacré ².

1785. — Les droits du retrayant, à l'endroit du prix de la cession, sont, en matière de droits litigieux, identiques à ceux que nous avons dit pouvoir être exercés dans le retrait successoral. La fraude, redoutable dans ce dernier cas, est bien plus à craindre dans le premier. En conséquence, quelles que soient les énonciations du

titre à cet égard, l'ayant droit peut toujours en contester la sincérité, soutenir notamment que le prix n'est pas réel et le prouver tant par témoins que par présomptions. Il ne saurait être, dans aucun cas, tenu de restituer au delà de ce qui a été réellement payé, dont, à défaut d'éléments certains et positifs, la détermination est laissée à l'arbitrage souverain du juge.

1786. — De même que pour le retrait successoral, la faculté d'exercer le retrait litigieux est absolue et ne saurait être perdue que par une renonciation formelle. Mais il importerait peu que le procès eût été commencé et soutenu contre le cessionnaire. Tant que le litige n'a pas été définitivement jugé, le retrait est possible, quel que soit l'état de la cause. Non-seulement il ne doit pas, à peine de déchéance, être exécuté *in limine litis*, mais encore la jurisprudence est unanime sur ce point, celui qui n'a pas voulu l'exercer en première instance est recevable à le faire en cause d'appel ³.

1787. — Toutefois, comme cet exercice est un privilège introduit en faveur du débiteur, la cour de cassation en a conclu que le droit de le réaliser pour la première fois en cause d'appel n'appartient qu'à lui ou à ses représentants légaux. En conséquence, elle a refusé de le reconnaître aux créanciers, par arrêt du 6 juillet 1847 ⁴.

Il résulterait de cet arrêt que, par rapport aux créanciers, le silence gardé en première instance par leur débiteur est considéré comme une renonciation contre laquelle ils ne sauraient revenir. Cette doctrine peut, dans un cas donné, favoriser une fraude, ou conduire à une injustice flagrante.

En effet, le silence du débiteur peut n'être que le résultat d'une collusion entre lui et le cessionnaire, dans l'intention de frauder les légitimes créanciers. Objectera-t-on que dans ce cas celui-ci aurait l'action de l'article 1167? Mais de quel secours sera cette action, lorsque le droit litigieux sera fondé et que le préjudice ne consistera que dans la différence entre sa quotité et celle du prix payé par le cessionnaire? Comment prouver que l'abstention du débiteur à réclamer le bénéfice du retrait est entachée de fraude? Il est donc vrai de dire que le refus d'accorder aux créanciers un droit qu'on reconnaît exister en faveur du débiteur favorise singulièrement la fraude.

¹ L. 22 et 23, Cod., *mand. vel contra*.

² Toulouse, 13 décembre 1836, cass., 4 juin 1834.

³ Metz, 11 mai 1851; cass., 8 mars 1852 et 28 janvier

1836; Bourges, 17 février 1838; J. D. P., t. II, 1838, p. 283.

⁴ J. D. P., t. II, 1848, p. 667.

Nous ajoutons que ce refus peut, dans certains autres cas, constituer une injustice. En effet, les créanciers ne sont pas nécessairement parties dans les procès intéressant l'actif de leur débiteur, ils peuvent y intervenir pour la conservation de leurs droits, mais ils ne doivent pas y être appelés. Or, supposons qu'avertis du danger qui les menace, à une époque seulement où le procès est devant la cour, ils réalisent immédiatement leur intervention, faudra-t-il les déclarer déchus d'un droit qu'ils ont été dans l'impossibilité d'exercer jusque-là?

Il nous semble qu'en présence de cette double éventualité, le système qui peut engendrer de pareils résultats ne devrait être admis qu'autant qu'il serait formellement prescrit par la loi. Or, loin qu'il en soit ainsi, la doctrine de la cour de cassation est au contraire en opposition flagrante avec l'article 1160 notamment.

Cet article, en effet, autorise les créanciers à exercer au nom de leur débiteur toutes les actions qu'il pourrait exercer lui-même. Ce principe ne reçoit exception que pour les actions exclusivement attachées à sa personne, et celles-là seules ont ce caractère, qui s'éteignent avec la personne elle-même et qui ne passent pas même aux représentants légaux.

L'action en retrait ne peut se placer dans cette catégorie. La cour de cassation reconnaît que les représentants légaux du débiteur peuvent, comme il le pourrait lui-même, l'exercer pour la première fois en appel. Comment donc la refuserait-on aux créanciers agissant en vertu de l'article 1160? Dans cette hypothèse, ils ne seraient pas les représentants légaux de leur débiteur! Mais ils sont mieux que cela, ils sont le débiteur lui-même.

Nous ne considérons pas la question comme définitivement tranchée par l'arrêt que nous rappelons. Un nouvel examen, une appréciation plus approfondie doit, à notre avis, amener une solution contraire à celle que cet arrêt consacre.

1788. — Dans toutes les hypothèses où le retrait est recevable, il faut que le droit cédé soit litigieux; que son objet soit d'empêcher et de prévenir le procès. Or, le droit n'est plus litigieux dès l'instant que, le procès ayant été soutenu, il est intervenu une décision définitive valant le droit poursuivi. Le débiteur ne peut simultanément courir la chance de gagner le procès ou de s'en racheter, en cas de perte, par

la restitution du prix de la cession. Il doit donc opter entre le retrait et le soutien du procès.

La conséquence de cette règle devrait être l'inadmissibilité du premier, s'il n'est proposé que par des conclusions subsidiaires en cas de condamnation sur le fond du droit. Après cette condamnation, il n'y a plus de droit litigieux et, dès lors, plus de retrait possible. Cette règle posée par Pothier, adoptée par Troplong et Duvergier, a été consacrée par la jurisprudence¹.

Ainsi, il ne suffit pas, pour que le retrait puisse être exercé, que le droit cédé fût litigieux au moment de la cession, il faut en outre qu'il le soit encore au moment où le retrait est poursuivi. Mais le droit litigieux à la première époque, ne perd son caractère que par une décision définitive qui le reconnaît et le consacre. L'existence de celle-ci est un obstacle invincible à tout retrait ultérieur.

1789. — Toutefois cette règle reçoit exception dans le cas où la cession, ayant été cachée, ne se révèle qu'après le jugement définitif. Nul ne peut perdre un droit avant d'avoir été mis en demeure de l'exercer; il n'y a ni renonciation, ni prescription possible contre celui qui ne s'est abstenu d'agir que parce qu'il a ignoré qu'il pût ou dût le faire.

De là cette conséquence que le retrait successoral pourra être exercé après le partage, et le retrait litigieux après jugement définitif, si la cession n'a été connue qu'alors. Il le fallait ainsi pour empêcher une fraude d'autant plus à eraser que la spéculation du cessionnaire promettant d'être avantagense, celui-ci aura un plus grand intérêt à éluder la loi. Or, le moyen le plus sûr serait incontestablement celui de stipuler que le partage ou le procès sera poursuivi au nom du cédant, quoiqu'il n'ait plus personnellement aucun intérêt à l'un ou à l'autre. On comprend dès lors que se préoccupant de cette fraude, le législateur en ait réprimé les effets, en reconnaissant que les droits consacrés par les articles 841 et 1699 peuvent être exercés dès qu'elle se découvre, à quelque époque que se réalise cette découverte, et même après partage ou jugement définitif².

1790. — Nous avons dit que la disposition de l'article 1699 a eu pour but de proscrire ces spéculations odieuses, à l'aide desquelles on cherche à exploiter les procès, à les faire naître

¹ Pothier, *Fente*, n^o 338; Troplong, *Fente*, n^o 267, t. II; Duvergier, *Fente*, n^o 375, t. II; cass., 1^{er} juin 1831 et 8 mars 1832; Bordeaux, 12 avril 1832; Rouges, 19 fév. 1834; J. D. P., t. II, 1838, p. 285.

² Rouen, 16 mars 1812; cass., 3 juin 1820; Bordeaux, 6 juillet 1838; Conf., Pothier, *ibid.*, n^o 597; Troplong, *ibid.*, n^o 988; Duvergier, *ibid.*, n^o 378.

animo vendendi, et pour satisfaire à une sordide cupidité. Toute cession de droits litigieux n'a pas nécessairement ce caractère, il convenait donc de tracer les exceptions dans lesquelles son absence devait s'opposer à l'exercice du retrait.

Ces exceptions, admises par le droit romain, se trouvent aujourd'hui expressément rappelées par l'article 1701. En les parcourant, on acquiert facilement la conviction que chacune d'elles, dictée par un esprit de sauvegarde et de conservation, reste étrangère à toute arrière-pensée d'hostilité ou d'agression. En effet, le cessionnaire achète *rem necessariam*; ce qu'il veut, c'est l'exécution légale de son droit ou la conservation de la chose qu'il possède déjà. Loin de chercher à faire un procès, il agit réellement pour résoudre, dans un légitime intérêt, des difficultés dont il pourrait lui-même devenir la victime.

1791. — Ainsi que l'observe Troplong, l'article 1701 ne peut créer qu'un doute sur la portée réelle de l'exception en faveur du cohéritier. La constitution d'Anastase l'avait formellement spécialisée en la réduisant entre cohéritiers et à l'endroit des actions héréditaires : *Exceptis scilicet cessionibus quas inter coheredes, pro actionibus hereditariis fieri contingit*¹.

Doit-on conclure des termes généraux de l'article 1701 que le Code civil a voulu autre chose, et que, sous son empire, la cession d'un droit litigieux contre la succession faite par un tiers est à l'abri de tout retrait, par cela seul qu'elle a été faite en faveur du cohéritier?

Nous ne saurions admettre l'affirmative, et cela par deux raisons décisives :

1^o Le Code civil a entendu se conformer exactement à ce que le droit romain avait consacré, et qui avait été admis par notre ancienne jurisprudence. C'est ce qui résulte expressément de l'exposé des motifs de Portalis. En effet, après avoir rappelé ce qui se pratiquait chez l'un et chez l'autre, Portalis ajoutait : Nous avons cru devoir conserver par le projet de loi une jurisprudence que la raison et l'humanité nous invitaient à conserver.

2^o Le cohéritier, achetant de son cohéritier, achète réellement *rem necessariam*, et pour se maintenir lui-même dans un droit acquis. L'achat d'un droit litigieux contre l'hérédité sera sans doute d'une utilité relative au cohéritier qui l'a contracté d'un tiers, mais il peut reu-

fermer contre les autres cohéritiers une spéculation de la nature de celles prosrites par l'article 1699. Il était rationnel de parer à cette éventualité, en autorisant ces derniers à exercer le retrait au nom et dans l'intérêt de l'hérédité du débiteur cédé².

1792. — Indépendamment des règles générales qui précèdent, l'article 1897 crée, par rapport aux droits litigieux, une règle spéciale à l'égard des personnes qui y sont énumérées.

Ainsi les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant les fonctions du ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux (aujourd'hui avocats) et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires de procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité et des dépens et dommages-intérêts.

1793. — Nous avons déjà exposé les motifs et les effets principaux de cette disposition³. Nous nous bornerons donc à jeter un rapide coup d'œil sur les difficultés que son application peut faire surgir.

Remarquons avant tout que les incapables dont s'occupe cet article, quelle que soit leur intention de se soustraire à ses effets, et précisément à cause de cette intention, se garderont bien de traiter directement et en leur nom propre et personnel. L'unique chance de succès sur laquelle ils puissent compter, est évidemment dans le soin qu'ils mettront à cacher l'intérêt qu'ils ont dans l'opération. Ils auront donc recours à la simulation et notamment à l'interposition d'un prétendu acheteur chargé de leur transmettre le bénéfice de la cession. Cette nécessité a tout d'abord fait rechercher si les principes des articles 911 et 1100, sur l'interposition des personnes, leur étaient applicables?

La négative a été admise en ce sens qu'en pareille matière, et quelque rapproché que soit le degré de parenté, la présomption légale, excluant la preuve du contraire, conduirait souvent à une véritable injustice. Le père, le fils d'un magistrat peut être comme tout autre allié par le bénéfice énorme que promet l'acquisition d'un procès ou d'un droit litigieux. Il peut donc la contracter sans consulter son fils ou son père, et quelquefois même contre son avis. La justice exigeait qu'on tînt compte de cette circonstance, surtout lorsqu'il s'agit de flétrir un magistrat, en le déclarant convaincu d'avoir violé la loi qu'il est chargé d'appliquer.

Donc, il n'existe pas, dans cette matière, de présomption légale; mais le degré de parenté

¹ L. 32, Cod., *mund. vel contr.*

² Troplong, sur l'art. 1701; Duvergier, *Précis*, t. II, n° 590.

³ Voy. *supra*, n° 706.

rapproché, entre le cessionnaire et l'incapable, est un indice bien puissant d'interposition, et il faudrait des explications péremptoires pour dissiper le soupçon qu'il crée. Si ces explications laissaient à désirer, la fraude devrait être reconnue et ses effets encourus. C'est ce qu'avait consacré notre ancienne jurisprudence. Denizart rapporte un arrêt du parlement d'Aix qui annula une vente de droits litigieux faite aux deux fils de M. de Coriolis, président à mortier de ce parlement, fit défense à ce magistrat d'en accepter de semblables, et le condamna en 500 livres de dommages-intérêts et aux dépens.

Ainsi, la qualité des parties fait facilement présumer la fraude, mais n'en fournit jamais la preuve légale. Cette présomption doit céder devant la preuve contraire. L'admissibilité de celle-ci et son efficacité sont laissées à l'arbitrage souverain du juge.

1794. — La cession, acceptée par un des incapables indiqués dans l'article 1397, est frappée d'une nullité radicale et absolue. La disposition de cet article est d'ordre public et général. Toutes les parties peuvent l'invoquer, excepté le cessionnaire lui-même. Cette exception est la juste conséquence de l'infraction à la loi dont ce dernier s'est rendu volontairement coupable, et dont il est rationnel qu'il ne puisse, en aucun cas, se faire un titre.

C'est surtout au débiteur que la nullité profite. En effet, elle atteint à ce résultat qu'elle anéantit le droit cédé. Le cédant qui l'a vendu, étant désintéressé, ne peut plus l'exercer. L'illégalité de la cession plaçant le cessionnaire dans la même impossibilité, en réalité le droit n'existe plus. Vainement l'incapable voudrait-il le céder lui-même. Sa possession, jugée illégale, lui enlèverait ce droit; il ne peut valablement transmettre ce qu'il n'a pu légalement acquérir.

1795. — Une autre conséquence de cette règle est de placer l'incapable, contre qui la cession a été annulée, dans l'impossibilité de redemander au cédant le prix qu'il a payé. Décider le contraire serait reconnaître un effet à un acte que la loi considère comme ne devant en produire aucun, frappé qu'il est d'une nullité radicale et absolue.

D'ailleurs, les cessions de droits litigieux se font ordinairement à forfait et sans garantie, la chance de bénéfice que court le cédant étant la juste compensation du péril qu'il court de perdre le prix qu'il paye.

La garantie eût-elle été formellement promise, la solution que nous venons de donner n'en devrait pas moins être admise. La loi ne

peut pas autoriser des stipulations n'ayant d'autre objet que d'é luder ses prescriptions et de se soustraire à ses prohibitions formelles. Or, la validité de la garantie serait un encouragement à faire ce qu'elle défend dans un intérêt public et général. En effet, si l'incapable ne courait aucun autre danger que celui de ne pas réaliser le bénéfice qu'il s'était promis de son opération; si, la fraude constatée et punie par la déclaration de la nullité de la cession, il pouvait se faire rendre le prix qu'il en a donné, on ne voit pas ce qui pourrait l'empêcher de se livrer à un acte qui, pouvant lui procurer un bénéfice important, ne saurait, dans aucun cas, lui occasionner une perte.

Un recours quelconque contre le cédant violerait donc le principe qu'un acte radicalement nul ne saurait devenir le fondement d'une action judiciaire quelconque; il deviendrait de plus un puissant encouragement à la désobéissance à la loi. Le proscrire, même lorsqu'il a été formellement stipulé, est donc un devoir pour les magistrats. Ils sauront d'autant plus le remplir, que ses résultats n'ont rien de reprochable en équité et en raison. Il est juste que celui qui n'a pas reculé devant une immoralité trouve dans la perte du prix une première peine de son indécatesse.

1796. — Nous avons eu souvent l'occasion de rappeler que le complice de la fraude doit être solidairement tenu de la réparation du préjudice qu'elle occasionne. Doit-on appliquer ce principe à l'acquéreur d'un office qui s'est prêté, par la souscription d'un traité secret, à la dissimulation du prix réel?

Nous avons déjà dit que le traité secret, en matière de cession d'office, était frappé d'une nullité radicale, tellement absolue, que l'acheteur peut, non-seulement se refuser à toute exécution, mais encore répéter ce qu'il a payé en vertu de ses stipulations.

L'existence du traité secret peut avoir pour cause un motif exclusivement relatif à la nécessité d'une autorisation préalable. C'est ce qui se réalise lorsque le prix n'est dissimulé que par la crainte qu'il parût trop élevé, et que le gouvernement en exigeât la réduction.

Mais cette existence peut tenir à d'autres motifs. Ainsi le possesseur de l'office n'ayant pas d'autres ressources que le prix, voulant empêcher qu'il ne soit absorbé par ses créanciers, trouvera dans un traité secret un moyen facile d'exécuter cette volonté. L'acheteur, qui s'associera à cette pensée et qui concourra à son exécution, se rend évidemment complice de la

fraude du débiteur et occasionne un préjudice incontestable aux créanciers, surtout lorsque, par la dissimulation du prix réel, ces créanciers ne reçoivent qu'un paiement partiel de ce qui leur est dû.

Cette fraude est d'autant plus blâmable que, par la nature spéciale de l'objet aliéné, les créanciers sont privés d'une faculté que, dans les cas ordinaires, ils exerceraient incontestablement contre l'acquéreur lui-même. Supposez, en effet, l'aliénation d'un immeuble, le concours de l'acquéreur à la dissimulation du prix en fraude des créanciers donnerait immédiatement ouverture à l'action paulienne. Que l'effet ordinaire de cette action, c'est-à-dire la révocation de la vente, ne soit pas autorisée, on se l'explique par la nature de l'objet aliéné; mais pourquoi, le préjudice étant certain et volontairement occasionné dans les deux cas, l'acheteur de l'office serait-il affranchi de l'obligation de le réparer par une allocation pécuniaire? La loi a-t-elle donc reconnu dans une hypothèse quelconque qu'elle doit non-seulement tolérer, mais encore récompenser la fraude?

1797. — Mais l'article 1382 a fait du contraire le droit commun. Tout fait quelconque occasionnant un préjudice rend la réparation nécessaire et inévitable, et lorsqu'au lieu d'un fait simplement dommageable, indépendamment même de la volonté de son auteur, on rencontrera la fraude concertée et consommée, cette réparation serait refusée! Qu'on nous permette de le dire, une pareille solution serait impie autant qu'absurde; elle consacrerait une exception au droit commun précisément en faveur de celui qui n'a d'autres titres à invoquer qu'une violation flagrante d'une loi dont l'ordre public commande impérieusement l'exécution.

Dira-t-on que le traité secret étant nul aux yeux de la loi, l'acheteur ne doit pas réellement le supplément du prix stipulé; qu'en le soumettant à l'action des créanciers, ce serait lui imposer la nécessité de le payer, et, conséquemment, accorder un effet à un acte incapable d'en produire aucun?

Cette objection n'a aucun fondement rationnel, aucune base légale. D'abord, les créanciers ne demandent pas l'exécution du traité secret; ils n'ont aucune qualité pour cela, car, dans leur poursuite, ils agiraient en leur nom personnel et non comme ayant cause de leur débiteur.

D'autre part, l'acheteur, en signant le traité secret et en concourant à la fraude de ce dernier, a commis, à l'encontre des créanciers, un acte dommageable condamné par la loi. La nécessité

de réparer le préjudice naît avec le quasi-délit. C'est là une obligation personnelle indépendante de la convention et qui ne peut, dès lors, lui être subordonnée quant à ses effets.

Le traité secret est illégal! Mais on le conteste si peu, que c'est dans ce caractère même que les créanciers puiseront le droit d'obtenir la réparation du préjudice qu'ils en éprouvent. Mais est-ce que, dans toutes les autres fraudes, on ne rencontre pas cette illégalité? N'est-ce pas parce qu'il en est ainsi que l'auteur de la fraude et ses complices sont solidairement condamnés à réparer le préjudice qu'ils causent? Pourrait-on condamner celui qui, sur la poursuite dont il est l'objet, pourrait se placer sous l'empire de l'exception *fecit, sed jure fecit*?

Il n'y a donc de fraude possible que lorsque le fait dont on veut la faire résulter est condamné par la loi. Exciper de ce que le traité secret est dans cette catégorie, pour se dispenser d'ordonner la réparation du préjudice que les tiers en éprouvent, c'est faire résulter l'impunité du caractère pouvant seul motiver une condamnation.

Ainsi, du cédant au cessionnaire, le traité secret demeure frappé d'une nullité radicale; non-seulement on n'est pas tenu de l'exécuter, mais on peut encore revenir sur son exécution et répéter les sommes payées. Dans son application au cédant, à ses héritiers ou ayants cause, cette règle n'est qu'un hommage rendu au respect que commande la loi, qu'une juste peine contre l'audacieux qui a osé l'enfreindre.

Mais l'appliquer aux tiers créanciers, les condamner en conséquence à supporter sans se plaindre le préjudice qu'ils subissent, c'est donner à l'infraction de la loi une extension inadmissible; c'est préférer l'infraacteur à ses victimes. Une peine quelconque n'est juste qu'à condition qu'elle a été méritée. Or, quels reproches peut-on faire aux créanciers frauduleusement trompés par leur débiteur? Évidemment ils sont demeurés étrangers à la fraude, ils n'ont pas dû la prévoir, ils n'ont pu l'empêcher. Comment donc les obliger à en supporter les conséquences?

Au point de vue légal, et sous l'empire du droit commun, nous arrivons donc à cette conclusion que les créanciers, en fraude des droits desquels le prix de l'office a été dissimulé, et qui ont été ainsi privés d'une partie du gage nécessaire à leur paiement, sont recevables à se plaindre du quasi-délit dont ils sont les victimes; qu'ils peuvent en demander la réparation, soit contre l'auteur, soit contre son complice.

1798. — Cette solution, justifiée par les principes généraux de la solidarité entre l'auteur et le complice d'un fait condamné par la loi, consacrée par la règle générale de l'article 1382, nous paraît surtout se recommander à l'endroit de la répression de l'abus que la jurisprudence condamne avec une si juste sévérité. Du jour où le traité secret présentera un égal danger pour toutes les parties, on pourra se flatter de le voir, sinon disparaître, du moins perdre beaucoup de sa fréquence.

Or, jusqu'à présent, les rigueurs ont pris une direction unique, contre un seul intérêt, à savoir : celui du vendeur. Ainsi il ne pourra pas exiger le paiement d'un prix autre que celui porté au traité public ; de quelque nature que soient les titres souscrits pour le supplément, la preuve de leur véritable caractère les fera annuler. Enfin tout ce qu'il aura reçu à ce titre pourra être répété ou devra être imputé sur le prix apparent.

Tout cela, cependant, n'a pas découragé les vendeurs, et, ce qui le prouve, c'est la fréquence des espèces soumises aux tribunaux. Il ne pouvait pas en être autrement. L'intérêt qu'ils peuvent avoir à la fraude que nous indiquons compense les chances que sa réalisation leur fait courir, alors surtout qu'en exigeant le supplément en argent comptant, et en ayant soin de n'en laisser aucune trace, ils peuvent se flatter d'en rendre la preuve impossible.

Mais rien, dans cette jurisprudence, n'est dans le cas de faire reculer l'acheteur ; tout, au contraire, l'engage à souscrire le traité secret qui lui est proposé. Quel risque court-il ? Ses promesses ! Il sera libre de ne pas les exécuter. Les titres qu'il lui faudra souscrire, les sommes qu'il payera ! Il fera annuler les uns, il obtiendra la restitution des autres. Pourquoi donc refuserait-il de souscrire un traité secret livrant l'autre partie à son entière discrétion ?

Du jour où ce même acheteur se trouvera placé sous le coup de l'action des créanciers, la responsabilité indéfinie qu'il sera dans le cas d'encourir, le danger qu'il courra sera de nature à lui inspirer de justes scrupules sur l'acte qu'on lui proposera d'accomplir, et à le retenir dans les limites du devoir légal que le législateur entend lui imposer ; de ce jour-là aussi, les traités secrets seront plus difficiles à obtenir, surtout de la part de ceux dont la solvabilité évidente, offrant une prise certaine à l'action des créanciers, leur fera une loi de ne pas s'exposer à leurs poursuites.

Notre doctrine, on le voit, peut devenir un

utile remède contre l'abus qu'il faut extirper. C'est le second terme de la proposition, dont le premier seul a été jusqu'à présent l'objet de la sollicitude des tribunaux. Décourager le vendeur, c'est bien ; mais décourager le vendeur et l'acheteur, est mieux encore. On doit donc la consacrer sans hésitation, alors surtout que son caractère juridique et légal ne saurait être contesté, ainsi que nous venons de l'établir.

1799. — Les créanciers peuvent donc, lorsque la dissimulation du prix réel a un but frauduleux à leur endroit, poursuivre, non la révocation de la vente de l'office, mais la réparation pécuniaire du préjudice qui leur est occasionné. Ils le peuvent contre leur débiteur, comme auteur de la fraude ; contre l'acheteur, comme complice. Cette allocation pécuniaire doit être demandée et prononcée comme dommages-intérêts, indépendamment de l'exécution du traité secret, qui ne peut être ordonnée, même à ce titre. Les sommes qui y sont portées peuvent bien devenir un élément d'appréciation des dommages-intérêts, mais le juge n'est pas tenu d'en adopter la quotité. Il peut la réduire si sa conscience lui en fait un devoir, ou l'augmenter dans le cas contraire. On sait qu'en matière de fraude, la seule règle à suivre pour la réparation est l'importance du préjudice auquel l'auteur ou le complice est tenu, *celui, noluit*.

1800. — La preuve de la complicité de l'acheteur, que les créanciers doivent rapporter, peut être fournie par témoins. Elle peut résulter de présomptions, notamment de la certitude que l'acheteur avait de la déconfiture de celui avec qui il traite. Consentir, dans ce cas, à déguiser une partie du prix et la faire ainsi arriver aux mains du débiteur, c'est évidemment la soustraire aux créanciers, c'est dès lors favoriser une fraude manifeste et en assumer la responsabilité.

1801. — Quelle que soit la cause de la dissimulation du prix, l'acheteur serait tenu personnellement si, l'ayant encore en totalité en son pouvoir, il n'avait déclaré que le prix apparent sur la saisie-arrest poursuivie avant tout paiement. La loi veut que le tiers saisi, dans la déclaration et affirmation qu'elle prescrit, énonce le montant de ce qu'il doit, indique les paiements partiels qu'il a pu faire et fournisse les pièces justificatives. La fausseté de la déclaration rendant le tiers saisi débiteur personnel, l'acheteur, dont la déclaration serait prouvée incomplète, serait donc considéré comme tel, par application de l'article 377 du Code de procédure civile.

Vainement le tiers saisi prétendrait-il que, n'étant ni naturellement ni civilement tenu au paiement du supplément du prix, il n'a pas dû en déclarer l'existence en ses mains. Cette objection décisive contre le vendeur, partie au traité secret, ne saurait avoir aucune force contre ses créanciers. La connaissance de ce traité ouvre à ces derniers le droit de soutenir qu'il constitue une fraude concertée contre leurs intérêts, et en conséquence la faculté de demander la juste réparation contre l'acheteur lui-même. Dès lors l'existence du traité doit leur être signalée, sauf au tiers déclarant de faire en même temps connaître sa volonté d'user du bénéfice de la loi, et de se soustraire au paiement du supplément.

Cette dernière indication mettra les créanciers à même d'examiner s'ils peuvent agir en vertu de l'article 1167 et poursuivre la répression de la fraude qui leur paraîtrait exister. S'ils ne peuvent prouver cette fraude, la déclaration du tiers saisi est obligatoire pour eux. Ils ne peuvent le contraindre à payer le supplément, sauf le cas où malgré cette déclaration l'acheteur anrait réellement et ultérieurement soldé le supplément entre les mains de son vendeur.

1802. — On sait que la cession d'un office ne devient définitive que par l'approbation du gouvernement. De là cette conséquence forcée que le prix n'est dû réellement qu'à partir de l'entrée en fonctions du titulaire, en force de cette approbation. De là la difficulté de savoir si, avant la décision du gouvernement, ce prix était saisissable entre les mains de l'acheteur.

1803. — Cette question a été incidemment tranchée, lorsqu'il s'est agi de décider si la cession du prix faite par le vendeur au moment où depuis le traité, mais avant son approbation, était ou non valable contre les créanciers. Quelques eours, partant de ce principe que jusqu'à approbation le prix est incessible et insaisissable, proclamaient la nullité de la cession. Tant que le traité, disait-on, n'a pas été régulièrement approuvé, il n'existe entre les parties qu'un projet ne conférant aucun droit susceptible d'être cédé. On ne doit pas même assimiler le vendeur à un créancier conditionnel, pouvant user de son droit, même avant la réalisation de la condition. Il y aurait, ajoutait la cour de Paris, les plus graves inconvénients à permettre au titulaire de faire disparaître à l'avance une valeur importante pouvant être le seul gage de ses créanciers, alors que ceux-ci n'ont aucun moyen de con-

naître l'état des choses. De pareilles cessions doivent donc être prohibées dans un intérêt public, même alors qu'aucun soupçon de fraude ne s'élève à l'égard des cessionnaires. Cet arrêt, rendu le 25 décembre 1845, avait été précédé d'un arrêt d'Angers, du 12 août 1840, jugeant dans le même sens¹.

1804. — Mais la cour d'Aix a pris l'initiative dans la consécration de l'opinion contraire, en décidant que l'acheteur d'un office pouvait valablement payer entre les mains du vendeur tout ou partie du prix, même avant l'ordonnance de nomination. D'où résulte nécessairement pour les créanciers la faculté de saisir à toute époque ce même prix.

Cet arrêt, fortement approuvé par Dalloz, qui le signale comme devant entraîner l'abandon de la doctrine opposée, fondée contrairement à notre droit sur la présomption de fraude, distingue fort juridiquement ce qui, dans la transmission d'un office, est d'ordre public, d'avec ce qui se rapporte exclusivement à l'intérêt privé. Cette distinction, la cour l'a prise dans la loi de 1816 elle-même qui, conférant la faculté de présenter son successeur, attribue par cela même au titulaire celle de traiter avec celui qui sera l'objet de cette désignation; elle conclut, de la combinaison de l'article 91 de cette loi avec les principes généraux du droit, seuls applicables tant qu'une loi spéciale n'aura pas été rendue, que la convention, intervenue entre le titulaire et son successeur désigné, constitue une obligation soumise à une condition suspensive; que cette convention devient parfaite par l'accomplissement de la condition et forme dès ce moment la loi des parties, qu'il n'est donné à personne d'annuler, si ce n'est pour les causes que la loi autorise².

Cette doctrine, qui nous paraît irréprochable en droit, tranche nettement la question relative à la validité de la cession. Si le titulaire de l'office peut régulièrement toucher lui-même le prix, il peut évidemment le céder, et le transport n'est subordonné, comme le droit lui-même, qu'à la condition de l'approbation du traité par le gouvernement. Celle-ci se réalisant, ses effets remontent de plein droit au jour du traité et rendent le transfert inattaquable, aux termes de l'article 1179.

Le prix est donc cessible avant l'approbation du gouvernement. Ce qui résulte forcément de ce caractère, c'est que les créanciers sont placés à son endroit dans la position qu'ils ont à l'é-

¹ D. P., 1842, 2, 23.

² 8 janvier, 1844; D. P., 41, 2, 203.

gard de toutes les ressources de leur débiteur. Ils peuvent donc prendre à ce sujet toutes mesures conservatoires et notamment saisir-arrêter entre les mains du successeur les sommes qu'il a à payer, ils le peuvent dès le jour du traité de transmission.

Cette conséquence incontestable en droit atténuée singulièrement en fait l'inconvénient que nous signalait tout à l'heure l'arrêt de Paris. Les créanciers peuvent empêcher, par un obstacle invincible, la disparition de cette partie plus ou moins importante de l'actif de leur débiteur. Ils sont donc coupables de négligence, s'ils omettent cette précaution dont la cour de Paris consacrait les effets, tout en contestant le droit. Ainsi que l'observe très-justement Dalloz, l'arrêt qui se déclare pour l'insaisissabilité valide cependant une saisie-arrêt d'une date antérieure à l'autorisation du gouvernement.

Il est vrai que la faculté de saisir pourra dans certains cas être impuissante, la transmission de l'office n'étant pas toujours immédiatement connue, et la cession du prix pouvant se réaliser le jour même de cette transmission et quelques heures après seulement. Mais c'est là un inconvénient qui se réalise pour tous les autres biens meubles du débiteur, même pour ses immeubles, dont il peut déléguer le prix dans l'acte d'aliénation, ou le céder sans que les créanciers chirographaires puissent contester l'une ou l'autre.

Contre ce danger, la loi n'avait à faire, pour le prix de l'office, que ce qu'elle a fait pour les autres biens, à savoir : veiller à ce que la cession ne soit pas en fraude des droits des créanciers. Ce devoir, elle l'a rempli, nous venons de le dire. L'application de l'article 1167 à la matière ne peut pas être contestée. La preuve de la fraude, que les créanciers sont recevables à faire par témoins et par présomptions, entraînerait la nullité de la cession en ce qui les concerne. Nous rappelons que, s'agissant d'un acte onéreux, cette preuve devrait établir la complicité du cessionnaire dans la fraude du cédant.

1803. — Le motif invoqué par la cour de Paris n'avait donc rien de juridique, et son arrêt, en ne pas tenant compte de la distinction signalée par la cour d'Aix, méconnaissait les principes généraux du droit et violait l'article 1179. C'est ce qui en détermina la cassation, par arrêt du 15 janvier 1843. Cet arrêt, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Deangle, et après un délibéré en chambre de conseil, donne l'adhésion la plus complète à l'arrêt de la cour d'Aix, que la cour suprême avait d'ail-

leurs formellement consacré, par arrêt du 8 novembre 1842¹.

Ainsi, les créanciers du titulaire d'un office ne peuvent quereller, dans le cas de transmission, ni la cession de tout ou de partie du prix, ni le paiement total ou partiel, par la raison que l'un ou l'autre s'est réalisé avant l'approbation du gouvernement. Du jour du traité, le prix devient le patrimoine exclusif du vendeur, qui peut en disposer à ses plaisirs et volontés, comme de toute autre propriété. Mais, de ce jour aussi, les créanciers ont la faculté de mettre le prix sous la main de la justice et d'en empêcher la disposition, en le frappant de saisie-arrêt entre les mains du successeur. Le sort de cette saisie, comme celui de la cession ou du paiement, est nécessairement subordonné à l'ordonnance de nomination. Cette condition se réalisant, tout ce qui a été fait est définitif et irrévocable, à partir de la date des actes à laquelle rétroagit l'accomplissement de la condition. Dès lors, les créanciers, qui n'ont agi que postérieurement au paiement ou à la notification de la cession au débiteur cédé, sont irrecevables à contester l'efficacité de l'une ou de l'autre.

1806. — Dans l'espèce jugée par la cour d'Aix, indépendamment de la question de validité des paiements antérieurs à l'approbation du traité par le gouvernement, s'élevait celle de savoir si les quittances sous seing privé n'ayant acquis aucune date certaine, représentées comme justifiant le paiement, pouvaient être opposées aux créanciers. Contrairement aux prétentions de ceux-ci, l'arrêt décide qu'ils ne sont que les ayants cause de leur débiteur, et qu'en conséquence les quittances ont, par rapport à eux, la même force probante qu'elles auraient contre le débiteur lui-même. Le caractère juridique de cette décision n'échappera à personne. Il est évident que les créanciers ne peuvent être distingués du débiteur que lorsque, agissant en force de l'article 1167, ils exercent une action personnelle. Lorsque la fraude n'est pas même alléguée, ou lorsque son existence prétendue a été repoussée, les créanciers ne sont plus que le débiteur lui-même, dont ils exercent les actions aux termes de l'article 1166; dès lors aussi, la conséquence qu'en tirait la cour d'Aix devenait une vérité incontestable.

C'est ce que la cour de cassation consacrait, lorsqu'elle motivait le rejet du pourvoi sur ce

¹ D. P., 42, 1, 412; 43, 1, 93; Conf., Paris, 41 janvier 1831; D. P., 31, 2, 61.

que : « Les demandeurs en cassation n'ayant « fait autre chose, par leurs oppositions ou saisies-arrests, qu'exercer les droits de leur débiteur, ils se trouvaient nécessairement soumis « aux charges et obligations de celui-ci, et ne « pouvaient réclamer que ce qu'il aurait pu « réclamer lui-même ; que dès lors ils étaient « tenus de reconnaître la validité des payements faits entre les mains du vendeur, avant « toute opposition régulière et sans fraude, « ainsi que l'a reconnu l'arrêt attaqué. »

CHAPITRE IV.

FIN DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION.

SOMMAIRE.

1807. — Quelles sont les fins du non-recevoir contre l'action fondée sur la fraude ?
 1808. — Quid pour la fraude déguisant la nature du contrat ?
 1809. — En matière de fraude à une loi d'intérêt privé ?
 1810. — L'erreur de droit doit-elle faire écarter la règle *nemo auditur turpitudinem suam allegans* ?
 1811. — Première conséquence du caractère des lois d'ordre public et d'intérêt général. — Faculté pour la partie de demander la nullité de ce qui a été fait contre leurs dispositions.
 1812. — Deuxième conséquence. — Impossibilité de ratification. — Quid de la chose jugée ?
 1813. — Troisième conséquence. — Imprescriptibilité tant que l'acte n'a pas reçu son exécution. — Nature de cette imprescriptibilité.
 1814. — L'extinction de l'acte fait courir la prescription contre l'action en nullité.
 1815. — Point de départ, durée de la prescription.
 1816. — Spécialité de la fraude contre les tiers. — Ses conséquences, quant à la chose jugée enire le débiteur.
 1817. — Position exceptionnelle des créanciers hypothécaires ou privilégiés. — Étendue de leur droit.
 1818. — Résumé.
 1819. — Exception tirée de la ratification soit du débiteur, soit du créancier poursuivant. — Ses effets.
 1820. — L'action de l'article 1167 est prescriptible. — Ses effets.
 1821. — Cette prescription est-elle régie par l'article 1301 ?
 1822. — De quel jour commence-t-elle à courir ?
 1823. — Fin du non-recevoir tirée de la solvabilité du débiteur. — Ses effets en la forme.
 1824. — Son importance sur le fonds du litige.
 1825. — Effets du paiement du créancier poursuivant, affecté et réalisé par le tiers défendeur.

1807. — Les fins de non-recevoir, susceptibles de faire écarter l'action en nullité ou en dommages-intérêts pour fraude, sont, comme pour le dol : la chose jugée, la ratification, la prescription.

Les détails dans lesquels nous sommes entrés à cet égard nous dispensent d'insister. Les règles tracées pour le dol, recevant, en matière

de fraude, leur pleine et entière application, c'est exclusivement par leur influence que doit-vent se résoudre les difficultés que le reproche de fraude peut faire surgir¹.

Cela est surtout vrai pour la fraude de *persona ad personam*, c'est-à-dire celle qui, exécutée par une des parties à l'insu et au préjudice de l'autre, est assimilée au dol, en produit tous les effets, et doit dès lors en entraîner toutes les conséquences.

1808. — Il n'en est pas de même pour la simulation. Les règles qui lui sont applicables varient selon qu'il s'agit d'une simulation relative ou absolue, et, à l'endroit de cette dernière, selon que la loi violée est d'intérêt personnel et privé, ou d'ordre public et général.

La fraude, consistant à déguiser la véritable nature du contrat sous l'apparence donnée à la convention, ne donne en général ouverture à aucune action en faveur des parties, à moins, cependant, que le contrat réellement souscrit ne fût prohibé pour contravention à une loi d'ordre public. Quelles que soient les formes sous lesquelles les parties aient contracté, il suffit qu'elles eussent la faculté et le droit de faire ce qu'elles ont réellement voulu accomplir, pour que l'acte demeure inattaquable. À quoi bon, dès lors, une action pour prouver une simulation ? Celle-ci admise, la convention n'en produirait pas moins tous ses effets.

Dans cette occurrence, la fin de non-recevoir, opposable à l'action de la partie, est indépendante de la chose jugée, de la ratification ou de la prescription ; elle prend sa source dans cette règle de raison et de droit : *Frustra probatur, quod probatum non reterat*.

1809. — Dans la fraude à une loi d'intérêt privé, on arrive à un résultat identique, quoique les motifs soient différents. Les lois de cette nature sont des avantages conférés à ceux qu'elles ont pour objet de protéger. Or, sous un premier rapport, il est certain que chacun peut renoncer à un bénéfice personnel, parquo qu'il l'ait fait spontanément et sciemment.

D'autre part, la loi ne confère une action utile qu'à celui qui est trompé ; elle n'en donne aucune à celui qui se trompe lui-même et moins encore à celui qui a voulu se tromper et être trompé. Or, telle est la position de celui qui s'oblige à faire ce que la loi défend. Il ne pourrait revenir sur ses pas qu'en confessant sa faute, qu'en s'accusant d'avoir voulu violer la loi. On serait donc foudé à lui opposer la fin de non-re-

¹ Voy. *supra*, t. I, chap. IV.

cevoir tirée de cette autre maxime : *Nemo auditur, etc.* La loi ne doit absolument rien à celui qui l'a sciemment méconnue et violée.

1810. — Mais si celui à qui cette fin de non-recevoir est opposée justifie qu'il n'a agi que par l'ignorance la plus complète de la loi qu'on invoque, faudra-t-il accueillir l'action ? En d'autres termes, l'erreur de droit peut-elle devenir un moyen de nullité du contrat ?

Cette question a été longtemps controversée. L'argument principal des partisans de la négative se puisait dans la maxime que *nul n'est censé ignorer la loi*. Arguer de cette ignorance, c'est faire valoir une excuse qu'il n'est pas même permis d'invoquer sans contrevenir à une prescription dont l'importance sociale ne saurait être méconnue.

Où, la règle invoquée est salutaire et juste, mais à l'endroit de ce qui concerne la loi pénale, la police générale, l'intérêt public. Toute répression serait impossible si le crime, si le délit, si la contravention pouvait se réfugier derrière le prétexte d'une erreur. La sécurité, l'ordre, la morale exigeaient le contraire, sous peine de voir le lien social se relâcher et disparaître.

Dans ce sens, la maxime citée était d'une nécessité tellement impérieuse, qu'on a dû fermer les yeux sur la hardiesse de la fiction qui lui sert de base ; mais aussi elle n'a, dans ses résultats, que cette seule signification, à savoir : repousser les efforts de ceux qui, alléguant une erreur de droit, voudraient se soustraire à l'action de la loi.

Or, dit Bressoles¹, celui qui, excipant d'une erreur de droit, demande d'être relevé d'un engagement qu'il n'a souscrit que parce qu'il ignorait que la loi lui défendait de le faire, ne cherche pas à se soustraire à l'action de la loi ; il veut bien plutôt s'y conformer, en faisant annuler une convention qu'elle prohibe expressément.

La plus saine raison commandait donc de distinguer entre les matières civiles et les matières correctionnelles, criminelles ou de police. L'intérêt public, engagé dans celles-ci, demeure étranger aux premières. Pour ce qui les concerne, la fin de non-recevoir n'est que la conséquence d'un acte volontairement accompli, et elle doit être accueillie pour empêcher qu'on ne puisse contrevenir à la loi et puiser dans sa violation un titre à en étudier les conséquences. Mais si cette volonté n'a pas existé en fait ; si celui

qui se plaint n'a failli que par ignorance et erreur, la présomption doit s'effacer, et la vérité, acquise et prouvée, reprendre son empire.

C'est ce qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence. Avec juste raison, on a écarté non-seulement l'empire de la règle : *Nul n'est censé ignorer la loi*, mais encore l'objection fondée sur le silence que le législateur aurait gardé à l'endroit de l'erreur de droit.

Il est vrai que celle-ci n'a pas été nommément indiquée parmi les causes viciant les conventions, mais l'article 1109 pose, comme principe général, que l'erreur donne ouverture à l'action en nullité ou en rescision. La généralité de ces termes est loin d'exclure l'erreur de droit, qui est, comme celle de fait, une erreur véritable dont les conséquences sont de nature à produire des effets également funestes, également injustes.

On pourrait donc dire que, par cela seul que l'article 1109 ne spécialise pas l'erreur de fait, il faut en conclure qu'il n'a pas entendu proscrire l'erreur de droit. Cette conséquence implicite est, d'ailleurs, conforme à la raison. Dès l'instant qu'il est admis que l'erreur seule a été la cause déterminante du contrat, on ne voit pas pourquoi la loi aurait disposé d'une manière différente, suivant qu'elle se serait produite sur le fait ou sur le droit. N'est-il pas évident, au contraire, que, dans les deux cas, c'est le consentement qui est altéré, et qu'il l'est au même titre ?

Mais on n'en est pas même réduit à cette déduction implicite. La loi a manifesté sa pensée dans les articles 1336 et 2052, seules dispositions dans lesquelles il soit question de l'erreur de droit. Le premier défend de rétracter l'aveu judiciaire, et le second, d'attaquer les transactions, sous ce prétexte. Mais si l'erreur de droit n'était jamais opposable, à quoi bon se préoccuper d'elle à propos de l'aveu judiciaire et des transactions ? Est-ce qu'il devait entrer dans la pensée de qui que ce soit de vouloir la proposer dans ces hypothèses ? Conséquemment, si la loi la proscriit pour celles-ci, c'est qu'elle reconnaît qu'en droit commun elle est opposable ; c'est qu'elle aurait pu être opposée même en matière d'aveu et de transactions, si la volonté contraire n'avait pas été expressément écrite dans les articles 1336 et 2052.

Ainsi, l'article 1109 s'applique à l'erreur de droit comme à l'erreur de fait. C'est là, au reste, un principe que notre législateur puisait dans le droit romain : *Juris ignorantia*, disait la loi,

¹ *Revue de législation*, t. XVIII, p. 473.

*non prodest adquirere volentibus, suum vero volentibus non nocet*¹.

En droit donc, la nécessité de résoudre affirmativement la question nous paraît démontrée. En fait, cette solution est loin d'offrir les inconvénients et les dangers qu'on s'est plu à lui prêter. Sans doute, rien ne sera plus facile que d'alléguer une erreur de droit; mais, contrairement à ce qu'on redoute, il ne suffira pas de se livrer à cette allégation pour qu'on doive être admis à la preuve demandée; il faudra, de plus, que l'erreur soit vraisemblable, qu'elle ne soit pas, dès à présent, démentie par les faits et les circonstances du procès. L'appréciation du tout est abandonnée aux lumières des tribunaux, dont la prudence garantit une sage et juste application du pouvoir qui leur est déferé. Ce qu'il importe d'ajouter, c'est que la preuve offerte doit avoir pour résultat d'établir que l'erreur a été la seule cause déterminante du contrat. Quelque probable, quelque vraisemblable qu'elle fût, l'erreur de droit n'est plus une cause de nullité dès que la convention pourrait avoir pour motif une obligation naturelle ou imparfaite que le débiteur aurait voulu accomplir².

1811. — Les lois d'ordre public et d'intérêt général sont impérieusement obligatoires pour tous. La fraude, ayant pour objet de les éluder ou violer, est donc essentiellement illicite. La volonté formelle du législateur proteste, sans cesse, contre les actes qui s'en écartent, et empêche qu'ils puissent jamais acquérir le *vinculum juris*, sans lequel, cependant, les contrats ne sauraient être exécutés. Nous avons dit déjà que la conséquence directe de ce principe est que l'acte fait en fraude d'une loi d'ordre public est atteint d'une nullité radicale, absolue, que la partie elle-même est admissible à faire prononcer.

1812. — Une autre conséquence de la même règle est que l'acte nul n'est susceptible d'aucune ratification. Celle dont exciperait le défendeur à la nullité, fût-elle expresse, ne saurait être accueillie et fonder une fin de non-recevoir contre la demande. En effet, l'acte radicalement nul n'a jamais eu d'existence légale, et on ne peut ratifier ce qui n'existe pas, ce qui n'a jamais existé. Comment, d'ailleurs, admettre qu'on puisse confirmer ce qu'on n'a pas eu le pouvoir de faire? La ratification deviendrait donc elle-même une fraude à une loi d'ordre pu-

blic, et, frappée du même vice que l'acte primordial, elle devrait périr comme cet acte lui-même.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, l'impossibilité de ratifier reçoit exception, à savoir : lorsque la nullité d'ordre public se fonde sur un motif essentiellement temporaire; ce motif cessant d'exister, la convention, jusque-là prohibée, devient licite, et la faculté de la consentir d'une manière directe comporte, évidemment, celle d'atteindre indirectement au même résultat. D'ailleurs, en pareille occurrence, le contrat n'ayant d'existence obligatoire que du jour de la ratification, celle-ci est moins la confirmation de ce qui avait été fait précédemment, que le seul et véritable contrat. C'est ainsi que la renonciation à une succession future peut être valablement ratifiée après l'ouverture de la succession³.

Quel que fût le vice réel de l'acte, la chose jugée en faveur du créancier en rendrait l'exécution inévitable et forcée, alors même qu'au fond ce vice prit son origine dans une prohibition d'ordre public ou d'intérêt général. L'erreur du juge, l'appréciation inexacte du fait, la fausse application de la loi qu'il aurait faite ne laisseraient pas que de lier la partie. La seule ressource à employer par le condamné serait l'appel dans le premier cas, le pourvoi en cassation dans le second, s'il était encore dans les délais de l'un ou de l'autre.

1813. — La troisième conséquence du principe que nous avons ci-dessus rappelé est de rendre l'action fondée sur une fraude à une loi d'ordre public imprescriptible. On ne peut acquérir le droit de violer la loi par la raison qu'on l'aurait violée plus ou moins longtemps.

Mais l'imprescriptibilité dont nous nous occupons se restreint naturellement à l'action ayant pour objet de contraindre à l'exécution du contrat. Quelque longue qu'ait été l'inaction du créancier, son silence se fût-il prolongé au delà de trente ans depuis l'acte, dès qu'il voudra s'en prévaloir et le faire exécuter, le droit d'exciper de la fraude dont il est entaché ne saurait être contesté au débiteur.

Ce résultat est acquis à ce dernier en force de la maxime que *temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*. Aussi sommes-nous loin de restreindre notre doctrine au cas où il agit par voie d'exception. Nous les appli-

¹ L. 7, Dig., de jur. et fact. ignor.

Voy. Domat, *Lois etc.*, t. 1^{er}, tit. XVIII, sect. 1^{re}, § 7. 14 et 16; Pothier, *Pand. Just.*, l. 22, tit. VI, n^o 2; d'Aguesseau, l. V, p. 473; Toullier, VI, n^{os} 139 et suiv.;

Duranton, X, n^o 127; Merlin, v^o *Ignorance, Erreur*, § 1, Zacharie, l. § 28, et II, § 343, note 10.

² Toullier, VI, n^o 68.

³ Voy. *supra*, n^{os} 1565, 1566.

quons, sans hésiter, à l'action principale qu'il intenterait contre le créancier en nullité de l'acte. On ne pourrait, en effet, repousser cette action comme prescrite, sans accorder à l'acte une autorité que la loi lui refuse dans tous les cas. Vainement le créancier exciperait-il de son inaction; cette inaction n'a pu lui faire acquiescer un droit quelconque, pas même celui de conserver un contrat qu'il reconnaît n'être en ses mains qu'une menace vaine, et que, comme tel, le débiteur a intérêt à faire anéantir.

1814. — Mais l'exécution pleine et entière que l'acte aurait reçue change la position des parties et doit, par cela même, modifier le droit. Il est incontestable que ce qui a été exécuté contre une loi d'ordre public doit être rétracté sur la demande du débiteur. On ne pouvait décider le contraire sans s'exposer à consacrer une illégalité. L'exécution n'étant que le fait des parties, on ne comprendrait pas que celui qui est incapable de consentir la violation de la loi pût, en définitive, la consacrer et la rendre irrévocable.

Ainsi, le débiteur peut répéter ce qu'il a payé en vertu d'un acte condamné par la loi; mais l'action lui appartenant ne pouvait pas être éternelle. Tant que l'acte n'a reçu aucune exécution, rien ne lui fait un devoir d'agir. Il peut donc, s'en reposant d'ailleurs sur l'exception qui lui appartiendra dès qu'il sera attaqué, s'imposer une inaction qui ne peut, dans aucun cas, lui devenir nuisible.

Mais l'exécution de l'acte fait cesser cet état de choses. Elle ne peut, en effet, se réaliser sans devenir, de la part du débiteur, une occasion de sacrifices, sans lui imposer une privation, un abandon quelconque de son patrimoine. Il est donc, dès lors, en mesure et, par conséquent, en demeure, en tant qu'il prétend user du bénéfice que la loi lui confère, de revenir sur ce qu'il a accompli. Or, la prescription exige qu'il y ait un droit compromis, que le propriétaire ait qualité pour le demander, qu'il y soit recevable. Tout cela existe après l'exécution. Ce qui était avant une simple faculté devient, après, une obligation. Le silence, insignifiant dans le premier cas, devient, dans le second, un indice de renonciation. Il fallait donc fixer un moment où cette renonciation serait de plein droit présumée, et où le bénéfice de l'exécution serait irrévocablement acquis.

Cette nécessité légale était, de plus, indiquée par la raison et l'équité; elle s'élevait jusqu'à la hauteur d'une règle d'intérêt général. Tout le monde, en effet, doit tenir et tient à ce que la

propriété ne soit pas trop longtemps indécise et flottante. Permettre à celui qui a exécuté une obligation radicalement nulle de revenir perpétuellement contre cette exécution, c'était méconnaître ce besoin que, d'ailleurs, la loi a, dans tous les cas, consacré.

1815. — L'action est donc prescriptible. Aucun doute ne peut s'élever sur ce principe. Les difficultés qui peuvent en surgir ne peuvent être que des difficultés d'application. Par exemple, quel sera le point de départ et la durée de la prescription?

Le point de départ ne saurait être fixé qu'au moment où l'exécution a été complète et entière. Nous n'avons pas à insister sur ce point. Nous l'avons justifié déjà en parlant de l'usure¹, et ce que nous avons dit de celle-ci nous l'appliquons, par parité de raison, à tous les contrats faits contrairement à une loi d'ordre public.

Un pareil contrat, ne renfermant aucun lien obligatoire, ne crée ni obligation civile, ni obligation naturelle. En conséquence, ce qui a été payé en vertu de ses dispositions, l'a été en l'absence de tout droit d'une part, de toute obligation de l'autre. La restitution qui en est demandée constitue donc la répétition de l'indu, et, comme telle, cette action dure trente ans.

Sans doute ses effets, contre celui qui a indûment reçu personnellement, sont dans le cas de réfléchir contre les tiers possesseurs, ce qui pourrait susciter contre notre doctrine le reproche d'être trop sévère à leur égard. Mais ce reproche ne serait pas fondé, car si les tiers possesseurs sont de bonne foi et s'ils ont possédé pendant les délais et dans les conditions exigés par l'article 2265, ils se placeront sous l'égide de la prescription spéciale de cette disposition, et n'auront rien à redouter des recherches dont leur auteur sera justement l'objet. Si, au contraire, ils n'ont ni titre juste, ni bonne foi, leur dépossession n'est que la conséquence du vice qui leur est personnellement imputable, et contre lequel la loi ne pouvait ni ne devait les protéger.

1816. — La fraude contre les tiers se plaçant dans une catégorie spéciale, les principes ordinaires à l'endroit des fins de non-recevoir font place à des règles particulières qu'il importe de résumer.

En fait, les créanciers demeurent étrangers au jugement obtenu contre leur débiteur, cependant ce jugement peut leur être opposé. Cela tient à ce principe que les créanciers ne sont que les ayants cause de leur débiteur; qu'ils sont

¹ Voy. *suprà*, n° 1201 et suiv.

conséquemment suffisamment représentés par lui dans tous les actes ayant pour objet l'administration de sa fortune.

Les créanciers ne peuvent donc faire considérer le jugement obtenu contre leur débiteur comme *res inter alios acta*, par rapport à eux. Ils ne peuvent même y former tierce opposition, car ce droit n'appartient qu'à ceux qui n'ont pas été parties au procès et qui, devant l'être, n'y ont pas été appelés. Or, les créanciers n'ont jamais dû être mis en cause dans les litiges de leur débiteur, puisqu'ils y sont censés présents en la personne de celui-ci.

Un pareil état de choses devait appeler l'attention du législateur. Il met en effet les créanciers dans une position extrêmement critique, et les expose à être dépouillés, à leur insu et par fraude, de tous moyens d'obtenir paiement de ce qui leur est dû.

Au premier indice d'une déconfiture prochaine, le débiteur, qui voudra soustraire son actif aux poursuites des ayants droit, n'aura pas de peine à s'entendre avec un tiers qui, en vertu de jugements en apparence discutés, en réalité consentis, deviendra le dépositaire de cet actif, dans le dessein de le lui conserver. Cela fait, la déconfiture sera rendue notoire, et les créanciers se trouveront en présence d'une insolvabilité ne leur laissant aucune ressource.

Une telle éventualité ne pouvait échapper aux regards, elle exigeait des précautions, et ces précautions nous les rencontrons dans le principe général de l'article 1167. Les créanciers, en invoquant le bénéfice, ne sont plus les ayants cause du débiteur. Le droit qu'ils exercent leur est personnel, et les met en conséquence en dehors des atteintes de tout ce que le débiteur a pu faire en sens contraire.

Ainsi les créanciers prétendant, en vertu de l'article 1166, exercer les actions de leur débiteur, ne peuvent récuser l'autorité des jugements prononcés contre lui. L'exception de chose jugée, opposable à celui-ci, les écarterait évidemment sans qu'ils pussent être admis à former une tierce opposition, ils ne sont que les ayants cause du débiteur.

Mais l'allégation de la fraude détermine un résultat tout opposé. Toutefois, l'action autorisée par l'art. 1167 ne va pas jusqu'à faire considérer le jugement comme une chose étrangère au poursuivant. Le jugement ne sera annulé que si la fraude prétendue est justifiée. La loi autorise donc, dans ce cas, la tierce opposition comme moyen de rouvrir les débats et de donner à la preuve de la fraude l'occasion de se produire.

1817. — Néanmoins, la règle absolue, qui rend le créancier l'ayant cause du débiteur, reçoit une exception. Nous avons déjà parlé de cette exception, lorsque nous avons établi que l'héritier lui-même cesse de l'être à l'endroit de la succession et relativement à son auteur, pour les droits qui lui sont personnels¹.

La même décision doit être prise relativement aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. En thèse générale, les uns et les autres sont représentés par leur débiteur, mais la disposition du privilège ou du droit d'hypothèque leur appartient personnellement et exclusivement. Le débiteur ne peut ni les modifier, ni les altérer sans leur participation et leur concours.

De là résulte évidemment en leur faveur le droit de former tierce opposition aux jugements qui leur préjudicieraient. Ils sont recevables à le réaliser sans être tenus d'invoquer l'article 1167 et indépendamment de toute allégation et de toute idée de fraude. Ils n'agissent pas en effet comme exerçant les droits ou les actions de leur débiteur. La personnalité du droit qu'ils discutent les rendait parties nécessaires au procès dont ce droit a été l'objet. La tierce opposition se justifie dès lors par les principes généraux et ordinaires de la matière.

Mais, dans ce cas, le créancier ne peut attaquer le jugement qu'au chef qui préjudicie à son privilège ou à son hypothèque. Toutes les autres dispositions sont forcement à l'abri de ses atteintes. Il ne pourrait les querreller que par application de l'article 1167.

Exemple : Un individu a conféré une hypothèque sur un de ses immeubles ; poursuivi plus tard en délaissement de cet immeuble, il est condamné à l'abandonner.

Ce jugement anéantit le droit d'hypothèque, l'immeuble devant rentrer franc et libre aux mains du revendiquant, et, sous ce rapport, le créancier a un intérêt évident à prévenir cet effet. Il est donc recevable à former tierce opposition au jugement, s'il n'y a été ni présent, ni appelé.

Dans cette circonstance, il a la faculté de prouver qu'il n'y avait pas lieu à dépossession, car cette preuve aurait pour résultat immédiat le maintien de son hypothèque. Mais il peut également se borner à soutenir et à justifier qu'au moment où celle-ci lui a été conférée, son débiteur était propriétaire incommutable. La preuve qu'il en rapporterait, assurant son droit de suite, laisserait intact le chef du jugement ordonnant

¹ Voy. *suprà*, nos 1688 et suiv., 1753 et suiv.

la déposition pour l'avenir ; le créancier a donc le choix entre ces deux moyens.

Mais il n'en est plus ainsi dans l'hypothèse suivante : une hypothèque a été rayée et des inscriptions ont été réalisées pour des droits nouveaux. Plus tard, un jugement, déclarant celui dont l'hypothèque a été rayée créancier légitime, ordonne la réintégration de celle-ci. Ce jugement lèserait les nouveaux inscrits en tant qu'il en résulterait une priorité de rang en faveur de l'hypothèque réintégrée. C'est donc contre ce chef seulement que ces nouveaux créanciers seraient fondés à former tierce opposition. Ils ne seraient donc pas recevables à prétendre attaquer par cette voie la disposition consacrant la qualité du créancier. Ils ne pourraient le faire qu'en faisant valoir la collusion et la fraude.

1818. — En résumé donc, les créanciers ne sont plus les ayants cause proprement dits de leur débiteur toutes les fois que, par la nature de leur créance, ils ont acquis un droit qu'il n'est plus au pouvoir de celui-ci de modifier ou de détruire. Seuls arbitres de sa conservation, ils ne peuvent le voir périr ou s'altérer malgré leur volonté et sans leur concours. Si le jugement, qui prononcerait autrement, n'est pas pour eux *res inter alios acta*, s'ils ne peuvent par conséquent en récuser absolument l'autorité, ils sont au moins recevables à le frapper de tierce opposition et à acquérir ainsi le moyen de se défendre utilement avant d'être condamnés.

Hors cette hypothèse, et toutes les fois que la créance n'a aucune affectation spéciale, le jugement intervenu contre le débiteur oblige et celui-ci et ses créanciers qu'il a valablement représentés. Ceux-ci peuvent donc, en vertu de l'article 1166, émettre appel ou se pourvoir en cassation, comme aurait pu le faire le débiteur lui-même. Mais ils ne sont recevables à le frapper de tierce opposition que s'ils l'attaquent comme ayant été rendu et obtenu en fraude de leurs droits.

L'obligation de prouver cette fraude est une conséquence de l'action. La fraude peut consister non-seulement dans la collusion ayant créé un droit qui n'a jamais existé, mais encore dans l'omission d'un moyen de défense péremptoire, comme si le condamné avait négligé de se prévaloir d'une quittance ou d'un jugement précédent ayant acquis en sa faveur l'autorité de la chose jugée.

1819. — Il en est de la fin de non-recevoir tirée de la ratification du débiteur, comme de celle basée sur la chose jugée. Ainsi, opposable aux créanciers agissant en vertu de l'article 1166,

elle pourrait être écartée par l'exception de fraude autorisée par l'article 1167.

L'exception de ratification pourra prendre naissance dans des actes ou des faits personnels au créancier poursuivant. comme si, avant l'action, il avait expressément ou tacitement approuvé ou exécuté l'acte dont il poursuit l'annulation. L'exception, dans ce cas, serait péremptoire. et son existence admise deviendrait un infranchissable obstacle. Ce qui est certain, c'est que généralement la ratification qu'on imputera au créancier sera plutôt tacite qu'expresse. A cet égard, nous nous en référons aux observations que nous avons déjà présentées sur les caractères que doit offrir la première. On doit d'autant plus les exiger à l'endroit du créancier, que l'action révocatoire ne lui est ouverte que lorsqu'il est certain qu'il ne peut être payé autrement. Les actes faits pour arriver à ce paiement doivent tout d'abord être interprétés dans ce sens qu'ils n'ont pour objet que l'admissibilité de l'action par la constatation de l'impossibilité de ce paiement. Il serait injuste d'opposer, comme exécution et ratification, des actes dont l'absence donnerait naissance à une fin de non-recevoir. C'est dans ce sens que la cour de cassation a expressément décidé que le créancier inscrit, qui n'a pas fait de surenchère, ou qui a saisi-arrêté le prix, ou requis sa collocation, n'est pas censé reconnaître la sincérité de la vente, et ne se rend pas non recevable à l'attaquer pour cause de dol ou de fraude¹.

Il est inutile d'observer que la ratification imputée au créancier n'est jamais opposable qu'à celui dont elle émane. Elle resterait sans effet aucun contre ceux qui, sans y avoir participé, viendraient en leur nom querreller l'acte.

Il est vrai que, sans l'invoquer précisément comme fin de non-recevoir, le défendeur ne manquera pas de s'en prévaloir à titre de considération, mais, à cet égard même, nous lui contestons toute efficacité. La conduite du créancier ratifiant peut tenir à des causes que ceux qui les connaissent se garderont bien de divulguer. Peut-être même la ratification dont on excipe n'est-elle due qu'au paiement intégral de son auteur, de l'assentiment duquel on a pu vouloir se faire une arme contre les autres créanciers.

Conséquemment, accorder une autorité quelconque à un acte de ce genre, c'est en réalité s'exposer à protéger la fraude se couvrant d'une fraude nouvelle, s'abandonner dans tous les cas à un guide facilement trompeur. Les tribunaux

¹ Voy. *suprà*, n° 1435.

doivent donc se tenir en garde contre des allégations dont il ne leur est pas permis de juger avec certitude le véritable caractère, et ne faire aucun compte, dans la recherche qui leur est confiée, des conventions que la partie intéressée n'a pu ni contrôler ni empêcher.

L'exception de ratification peut donc être opposable aux uns, et ne pas l'être aux autres. mais un pareil résultat est peu présumable à l'endroit de la prescription de l'action. La déconfiture du débiteur étant le point de départ commun du délai suffisant pour l'acquérir, il est peu présumable que l'action ait péri pour les uns, et qu'elle se soit conservée pour les autres.

1820. — Quoi qu'il en soit, la prescription du droit conféré par l'article 1167 n'a rien d'ordinaire dans son principe. Ce qui eût été étrange, c'est que le droit de propriété, c'est que toutes les actions étant susceptibles de prescription, on eût consacré une exception en faveur de celle des créanciers contre la fraude dont ils ont pu être la victime.

Il n'est donc pas étonnant que la pensée de revoquer cette exception ne soit entrée dans l'esprit de personne. Les seules difficultés que la question de prescription a fait naître se réfèrent à la durée du délai et à son point de départ.

1821. — On a prétendu, quant à la durée, qu'elle devait être régie par l'article 1304. L'action des créanciers, a-t-on dit, est une action en nullité, elle doit dès lors être nécessairement comprise dans les termes généraux et absolus de cette disposition.

Une pareille décision est repoussée en droit et en fait, elle n'a pas même le mérite de définir exactement le caractère de l'action des créanciers.

Cette action a pour effet plutôt la réparation du préjudice résultant d'un fait illicite, que la nullité proprement dite de l'acte intervenu entre les parties, et la preuve, c'est que, par rapport à elles, l'acte continue d'exister. La nullité ne s'entend que de ce qui concerne le préjudice souffert, de telle sorte qu'après le jugement faisant droit à la demande du créancier, le paiement de ce qui lui serait dû empêcherait tout effet ultérieur, et l'acte n'en continuait pas moins de subsister entre les parties, la loi n'ayant nullement entendu les relever de leurs engagements respectifs.

Est-ce là, nous le demandons, la rescision et la nullité dont s'occupe l'article 1304? Si peu évidemment, que cette disposition n'est faite que dans l'intérêt des parties. Voyez en effet les cau-

ses dont elle fait résulter soit la nullité, soit la rescision! C'est d'abord la minorité, l'interdiction, le mariage. Mais quelle influence pourrait exercer sur l'acte l'une de ces qualités, si celui qui se trouverait dans le cas de l'invoquer n'avait pas été partie dans l'acte? Évidemment le cas prévu par l'article 1304, de minorité, d'interdiction, de femme mariée, se restreint à ceux et pour ceux qui, coopérant au contrat, n'avaient pas la capacité de le consentir.

Jusqu'ici donc, la nullité de l'acte provient d'un défaut de consentement valable, ce qui ne peut évidemment concerner que les parties. Il est facile de reconnaître que le même motif a présidé à la consécration des autres causes de nullité ou de rescision. Ainsi la violence, l'erreur ou le dol vicient le consentement qu'ils empêchent d'être valable¹. L'article 1116 ajoute que le dol n'est une cause de nullité que lorsque les manœuvres ont été pratiquées par une des parties contre l'autre. Il ne faut donc pas en douter, la nullité dont s'occupe l'article 1304 est exclusivement celle fondée sur le vice du consentement, et, par cela même, exclusivement réservée en faveur des parties contractantes.

Ajoutons que cet article est placé sous la section 7, de l'Action en nullité ou en rescision des conventions. De là cette conséquence que nous venons de voir résulter de son texte : que, pour se placer sous l'empire de sa disposition, il faut de toute nécessité avoir été partie au contrat. Donc on ne saurait l'opposer aux créanciers, pas plus qu'ils ne pourraient l'invoquer eux-mêmes. Ils n'ont pas été parties au contrat, ils n'y ont pas consenti, ils n'ont donc pas à faire rétracter leur consentement sous prétexte d'incapacité, de violence, d'erreur ou de dol, seules hypothèses prévues par le législateur.

Ainsi réduite à ses véritables termes, la disposition de l'article 1304 a un caractère frappant de justice et de raison. Se taire pendant dix ans sur l'incapacité dont on était frappé, sur une violence ou sur un dol dont on a été victime, sur une erreur à laquelle on a cédé, alors surtout que ces dix ans ne courent que du jour où l'incapacité a disparu, ou de celui de la cessation de la violence, ou de la déconvoit de l'erreur, c'est évidemment annoncer l'intention de renoncer à s'en prévaloir jamais; c'est manifester la volonté de couvrir le vice de l'acte. Aussi, est-ce cette double présomption qui fait le fondement de la prescription de l'article 1304. L'une et l'autre peuvent-elles se supposer chez le créan-

¹ Art. 1099 du Code civil.

cier indignement trompé? L'affirmative arriverait à ce résultat possible que l'action du créancier se trouverait prescrite avant même qu'il en eût connu l'existence.

En droit donc, l'action autorisée par la loi, et dont l'article 1304 régit la durée, n'a rien de commun avec celle que les créanciers puisent dans l'article 1167; celle-ci n'a pas même pour objet la nullité ou la rescision de l'acte, elle s'en propose uniquement la révocation dans l'intérêt exclusif du poursuivant. Dès lors elle ne peut, quant à la prescription, être régie par le premier de ces articles. Tout ce qu'on doit induire du silence gardé sur son extinction par l'article 1167, c'est que le législateur s'en est référé au principe général de l'article 2262. La durée de l'action révocatoire est donc de trente ans¹.

Le reproche qu'on adresserait à cette solution, de laisser la propriété trop longtemps en suspens, mauquerait de justesse. Nous l'avons déjà dit, l'action paulienne n'affecte les biens qu'en tant qu'ils se trouvent encore dans les mains de celui qui a traité avec le débiteur. Le tiers auquel il les aurait revendus est non-seulement admissible à exciper de l'article 2265, mais il est, en outre, inattaquable, quelle que soit la date de son titre, s'il a agi de bonne foi et dans l'ignorance de la fraude à laquelle son vendeur a participé. Le caractère personnel de l'action des créanciers, l'absence de tout droit de suite sur les immeubles ne lui permettent pas de faire un obstacle quelconque à la libre disposition des biens. Elle n'est menaçante que pour les auteurs et les complices de la fraude. Il n'y a donc aucune sévérité à leur laisser la responsabilité de leur mauvaise foi pendant les trente ans nécessaires pour prescrire.

1822. — De quel jour ce délai commencerait-il à courir? En général, la prescription ne commence à courir que du moment où celui qui l'a laissée s'accomplir, ayant capacité d'agir, a été en demeure de le faire. Évidemment, si cette double condition se réalisait au moment de l'acte même, c'est à sa date que se réfère l'origine de la prescription.

Or, telle n'est pas la position du créancier en fraude des droits duquel un acte a été consommé. En effet, son absence forcée le mettra bien souvent dans le cas d'ignorer l'existence de cet acte, ce que la partie ne peut jamais alléguer.

D'ailleurs, la connaissance qu'il en aurait ne

le met pas en demeure d'agir. Toute action de sa part serait irrecevable, si les ressources restant au débiteur étaient suffisantes pour le désintéresser.

L'impossibilité d'agir exclut donc toute idée de négligence : *Contra non valentem agere, non currit prescriptio*. Cette règle d'équité, qu'on applique sans hésiter au cas d'interruption ou de suspension, doit surtout être appliquée lorsque l'action reprochée n'est due qu'à l'absence légale du droit de se plaindre. C'est ainsi que l'avaient compris les jurisconsultes romains. Ils ne faisaient courir le délai de la prescription de l'action paulienne que du jour *quo experiundi potestas fuerit*.

Cette solution est celle qu'on doit suivre encore sous l'empire du Code. L'économie de ses dispositions sur la prescription ne permet pas d'admettre qu'il ait eu la pensée de la faire courir lorsque l'ayant droit est, en fait ou en droit, empêché d'agir.

Il suit de là que le créancier, étant recevable à quereller l'acte dès que l'insolvabilité du débiteur l'a mis dans l'impossibilité d'être payé, se rend coupable de négligence s'il n'agit pas. Conséquemment, c'est du moment où la preuve de l'insolvabilité est acquise qu'on doit faire partir le délai de la prescription.

1823. — Il résulte, de ce qui précède, qu'indépendamment de la chose jugée, de la ratification, de la prescription, l'action du créancier est susceptible de rencontrer une fin de non-recevoir tirée de la solvabilité du débiteur. Nous l'avons déjà dit, l'action révocatoire n'est que subsidiaire. Si le paiement qu'elle a pour objet d'assurer peut être fait par les ressources que le débiteur a conservées ou qu'il a acquises depuis l'acte, il n'est pas permis au créancier de faire révoquer cet acte.

En conséquence, le bénéficiaire pourra donc toujours exciper de la réalité des unes ou des autres, et forcer même le créancier poursuivant à les discuter. L'exception de discussion serait un obstacle à l'action que les tribunaux devraient consacrer, à moins que l'état des biens, comparé à l'état hypothécaire, n'établît d'une manière évidente et actuelle l'insolvabilité du débiteur².

Comme fin de non-recevoir eu la forme, l'exception de solvabilité n'est que dilatoire. Ainsi, l'action du créancier ne serait pas repoussée, mais elle demeurerait suspendue jusqu'à l'événement de la discussion. Elle deviendrait pérempt-

¹ Paris, 11 juillet 1829; Toulouse, 13 janvier 1834; Riom, 3 août 1840; J. D. P., t. I, 1841, p. 339.

² Voy. *suprà*, n^{os} 1562 et suiv.

toire et absolue, si cet événement amenait le paiement de celui qui poursuivait la révocation.

1824. — Mais l'exception de solvabilité du débiteur peut devenir une fin de non-recevoir fondée d'une importance décisive, surtout en ce qui concerne la complicité de celui qui a traité avec le débiteur.

Pour le débiteur lui-même, la fraude ne se présume que suivant l'influence que l'acte qu'il consent exerce sur sa solvabilité. Or si, indépendamment de ce qu'il aliène, il lui reste une fortune suffisante ou au delà pour désintéresser tous ses créanciers, l'acte consacrant une aliénation partielle ne pourra que très-difficilement paraître frauduleux. La preuve qu'il ne l'était pas s'induirait assez de ce que les biens conservés le rendaient fort indifférent pour les créanciers. Il faudrait donc que ces derniers prouvassent, par la fréquence et la succession des aliénations postérieures et rapprochées, que ce premier acte n'est que le commencement d'exécution d'un projet dès lors arrêté, et suivi depuis, dans le but de devenir insolvable, en apparence du moins.

Mais c'est surtout en faveur du tiers que l'exception de solvabilité du débiteur est dans le cas d'exercer l'effet décisif le plus rationnel. Pour que sa complicité soit admise, il faut qu'il n'ait pas pu raisonnablement ignorer la volonté de celui avec qui il traitait de se soustraire au paiement de ses dettes, qu'il se soit prêté à sa consommation. Qu'on la reproche donc à celui qui traite avec un insolvable notoire, on le comprend; qu'on l'admette contre celui qui, connaissant l'existence de nombreux créanciers, paye immédiatement, et sans formalités, le prix de son acquisition entre les mains du débiteur ou se prête à en dissimuler une partie, c'est là un fait qui n'a rien d'extraordinaire, rien qu'on puisse réellement blâmer.

Mais le tiers qui a traité avec un homme solvable ou qui, connaissant de nombreux créan-

ciers, a, en même temps, su ou pu savoir que l'actif restant à son débiteur suffisait à les désintéresser, celui-là, disons-nous, ne peut être, en aucune façon, présumé s'être prêté à une fraude qu'il devait d'autant moins soupçonner, qu'elle était même sans cause au moment où il traitait.

En d'autres termes, la volonté de la part du débiteur de se rendre insolvable constitue, dans la matière, la véritable *causa simulandi*. Cette cause existe lorsque l'aliénation querrellée a eu évidemment le résultat indiqué. On peut donc plus facilement admettre la fraude.

Mais lorsque l'aliénation a été sans influence immédiate sur la solvabilité du vendeur; lorsque celui-ci, après la vente, est resté ce qu'il était avant, c'est-à-dire en position d'éteindre ses dettes intégralement, cette cause n'existe plus. Il faut donc en revenir à la doctrine du cardinal Deluc, et dire que, dans cette hypothèse, la fraude ne doit être admise que sur des preuves évidentes et certaines, *probationes certae et expressae*¹.

La bonne ou la mauvaise foi des parties doit être appréciée au moment du contrat. Elle ne peut dépendre des événements qui se sont plus tard réalisés et dont la responsabilité ne pourrait, sans injustice, peser sur l'une d'elles. La certitude des ressources restant au débiteur après l'acte, celle de leur suffisance à l'endroit des créanciers sont donc une fin de non-recevoir au fond que le tiers invoquerait utilement comme devant faire repousser la demande en ce qui le concerne.

1825. — Dans tous les cas, ce tiers a le moyen de déterminer ce résultat, en désintéressant le poursuivant. L'offre qu'il en ferait, sa réalisation, serait mieux qu'une fin de non recevoir; elle auéantirait toute action en enlevant tout intérêt à sa poursuite.

¹ Voy. *suprà*, n° 1429.

TABLE DES CHAPITRES

DU TOME SECOND.

DEUXIÈME PARTIE.	CHAPITRE I. — Simulation pure et simple du
(suite.)	contrat. Page 80
DE LA FRAUDE.	CHAPITRE II. — Fraude concertée contre la
(suite.)	loi. 91
CHAPITRE II. — Fraudes contre la partie	CHAPITRE III. — Fraude contre les tiers. . . 134
(suite.) Page 1	Section i. — Origine, nature et caractère de
Section iv. — Fraudes dans le louage. . . 16.	l'action. 135
Section v. — Fraudes dans les sociétés. . . 16	Section ii. — Condition de l'action. . . . 137
Section vi. — Fraudes dans les prêts. . . 28	Section iii. — De la preuve. 143
Section vii. — Fraudes dans les mandats. . 61	Section iv. — A quels actes s'applique l'ac-
DE LA SIMULATION.	tion. 149
OBSERVATIONS GÉNÉRALES. 80	§ 1. — Du mariage. 16.
	§ 2. — Successions. 177
	§ 3. — Des donations. 211
	§ 4. Emprunts et ventes. 248
	CHAPITRE IV. — Des fins de non-recevoir con-
	tre l'action. 274

FIN DE LA TABLE DU TOME SECOND.

TABLE

GÉNÉRALE ET ALPHABÉTIQUE

DES MATIÈRES.

N. B. Les chiffres indiquent les numéros d'ordre.

A

ABSENT. — L'héritier présomptif de l'absent peut-il désavouer l'enfant né pendant l'absence? Voy. *Désaveu*.
ACQUÉSCENCES. — Fraudes qui peuvent lui être imputables, voy. *Vende*.

ACTE SOUS SEING PRIVÉ. — Effets de la simulation de la date de l'acte sous seing privé, 1273. — *Quid* en cas de dénégation de l'écriture ou de la signature? 1274. — Caractère de la reconnaissance de l'acte sous seing privé, 1275. — Pour que l'acte sous seing privé puisse faire foi de la date entre parties, il faut que celui qui l'a souscrit n'ait pas acquiescé depuis, ou n'ait pas perdu dans l'intervallo, la capacité de contracter, 1276. — Application de cette règle aux divers incapables, 1277 et suiv. — Les termes de l'article 1323, ayant cours, concernent-ils les successeurs à titre particulier? 1280 et suiv.

ACTION. — Différence entre l'action en répression des délits d'avec celle en réparation du dol, 18. — Caractère de celle ouverte au mineur en nullité du traité qu'il a fait avec son tuteur sans les formalités de l'article 472 du Code civil, 131. — Utilité de ce caractère relativement aux donations entre-vifs ou testamentaires faites par le mineur à son tuteur, 133. — A qui appartient l'action en nullité ou en restitution, en matière de contre-lettres à une cession d'office? par quel délai se prescrivent ces deux actions? 1311. — Fondement de l'action conférée à la femme en révocation de l'aliénation de sa dot, 1329. — A quelle époque cette action est-elle recevable? 1330. — Elle passe aux héritiers de la femme, 1331. — *Quid* des créanciers du mari, de la femme ou de ses héritiers? 1342 et suiv. — Point de départ et délai de la prescription, 1348 et suiv. — L'action des héritiers en nullité d'une substitution fidéicommissaire peut être exercée par leurs créanciers, ses caractères, 1638 et suiv.

ACTION EN DOMMAGES-INTÉRÊTS. Voy. *Dommages-intérêts*.

ACTION EN NULLITÉ. — L'action en nullité est exclusivement dévolue à celui qui a été victime du dol ou de la fraude, elle passe à ses héritiers et peut même être exercée par ses créanciers, 271 et suiv. — Contre qui l'action en nullité ou en rescision doit-elle être poursuivie? 299. Voy. *Action*.

ACTION EN RÉSCISION. — L'action des réservataires, en réduction des libéralités excessives, peut être exercée par leurs créanciers, 1695. — Elle ne peut l'être par les légataires qu'à l'égard des libéralités faites aux enfants adultérins ou incestueux, 1696.

ACTION EN RESCISION. Voy. *Rescision*.

ACTION REVOCATOIRE. — Caractère de l'action paulienne, 1408 et suiv. — Son origine en droit romain, 1403 et suiv. — Modification que lui fit subir notre ancien droit, 1412. — Doctrine du Code, 1413. — Conditions pour pouvoir l'exercer, 1416 et suiv. — L'antériorité de la créance n'est pas toujours requise, 1419 et suiv. — L'action autorisée par l'article 1167 appartient indistinctement à tous les créanciers, 1433 et suiv. — Contre qui doit-elle être exercée? 1436. — Durée de l'action des créanciers, 1433. — L'action de l'époux, en révocation des actes frauduleusement consentis par son conjoint, passe à l'héritier, 1538.

ADJUDICATAIRES. — Personnes incapables de devenir adjudicataires, motifs de la prohibition, 702. — Par qui peut être invoquée la nullité de l'adjudication rapportée par l'incapable? 703. — L'interposition de personnes obéit-elle, dans ce cas, au principe de l'article 911 du Code civil? 709.

ADULTÈRE. — Gravité de l'adultère, sévérité des anciennes législations, 835. — Est une cause de séparation de corps, différence, quant à ce, entre l'adultère de la femme et celui du mari, 836. — Il n'est pas nécessaire que la preuve en soit acquise au moment de la demande en séparation de corps, 837. — L'adultère s'autorise le desaveu que s'il est accompagné du recel de la naissance, comment doit-on entendre celui-ci? 861 et suiv.

AGENTS DE CHANGE. — Nature de la prohibition faite par les articles 85 et 86 du Code de commerce aux agents de change et courtiers, 710. — Peine encourue, en cas de contravention, 711. — L'opération illicite n'est pas frappée de nullité, par quels motifs? 712. — Dans quels cas la nullité pourra être ordonnée? 713. — La nullité opposable à l'agent de change peut être opposée à celui qui lui aurait été frauduleusement substitué, 714. — L'agent de change qui garantit la solvabilité du locataire, moyennant un ducroire, contrevient-il aux articles 85 et 86? 715. — Par quel délai se prescrit la contravention à la prohibition de la loi? 716.

ALIÉNATION. — Caractère, en droit romain, de l'aliénation générale des biens à l'endroit de l'action paulienne, 1447. — En droit français, elle est une présomption de fraude, 1448. — Peu importe qu'elle ait été réalisée par un seul ou par plusieurs actes successifs, 1449. — L'aliénation faite par le donateur, par suite de la réserve qu'il s'en est faite dans la donation, peut être querrelée par le donataire, 1704

et suiv. — Effets de l'aliénation postérieure à la donation, son importance au point de vue des articles 1082, 1084 et 1086 du Code civil, 1714 et suiv. — Peut-on déroger à l'article 1083 et convenir que le donateur ne pourra aliéner à titre onéreux les biens qu'il donne dans les conditions de cet article? Effet de cette clause à l'égard des tiers, 1715 bis.

ASSURANCES MARITIMES. — L'assurance faite dans les conditions de l'article 348 du Code de commerce est présumée frauduleuse, 186. — Nécessité et sagesse de cette disposition, 187. — Son origine, 188 et suiv. — La présomption est acquise, même en cas d'absence de toute intention frauduleuse, par le fait de la réticence, de la fausse déclaration ou de la différence, 191 et suiv. — Les difficultés d'application se rapportent donc uniquement sur la réalité du fait et sur l'influence qu'il a exercée sur le risque, 195. — Faits constituant la réticence ou la fausse déclaration, 196 et suiv. — Différence entre l'omission et la fausse déclaration, 211. — Effet du remplacement du capitaine désigné, 212. — *Quid s'il a été stipulé au tout outre pour lui?* 213. — Cas dans lequel l'omission du lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargés n'annule pas l'assurance, 214. — Effet de la déclaration fautive ou inexacte à cet égard, 215. — Nécessité de déclarer tout ce que le navire fera pendant le voyage, ainsi que toutes les circonstances de la navigation connues au moment du contrat, 216 et suiv. — Effet de l'omission de l'indication du moment où le risque commence et où il finit, 225. — La présomption de l'article 348 du Code de commerce est juris et de jure et dans l'intérêt exclusif de l'assureur, 225 et suiv. — C'est à celui-ci à prouver le fait dont il excipe, mode de preuve admissible, 228. — Impossibilité pour l'assuré de prouver outre et au delà de la police d'assurance, 229.

AVEN. — L'aven de la partie sur la simulation du titre forme-t-il un commencement de preuve par écrit? 244. — La cause indiquée dans l'aven comme réelle et légitime doit-elle être admise au bien peut-on diviser l'aven? 245 et suiv. Voy. *Commencement de preuve*.

AVOUÉ. — Principe et étendue de la responsabilité des avoués, 494 et suiv. — L'avoué répond même de sa faute légère, 496. — Dans quelles circonstances doit-on appliquer cette responsabilité, 497. — L'avoué répond des personnes qu'il s'associe ou se substitue, quid de l'huissier qu'il emploie? 498. — Dans quelles circonstances et à quelles conditions l'avoué peut-il être condamné à des dommages-intérêts? 499. — Répond-il des conséquences du conseil qu'il a pu donner? 500. — L'avoué peut-il être condamné sans avoir été mis en cause? 501. — *Quid en cas de désaveu?* 511. — Effet du silence qu'il garde sur la proposition qui lui est faite de se charger d'une cause, 1211.

BAIL. — La femme est-elle fondée à obtenir contre les tiers la nullité du bail de ses biens paraphernaux consenti par le mari seul? 1359. — Le bail légalement consenti par l'usufruitier est exécutoire pour le ou propriétaire, 1716. Voy. *Location*.

BAILLEUR. — Obligations et droits du bailleur, voy. *Location*.

BANQUER. — Caractère et légalité des droits que le banquier perçoit indépendamment de l'intérêt légal, voy. *L'ure*.

BIENS COMMUNS. voy. *Mari et femme*.

BIENS DOTAUX. voy. *Dot*.

BOYNE FOI. — Nécessité de la bonne foi dans les conventions, 1. — Pourquoi le législateur n'a pas considéré

comme moyen de nullité tout ce qui s'écarte de la stricte bonne foi? 20.

C

CAPITAINE. — Nécessité pour l'assuré d'indiquer le nom du capitaine, effet de l'omission ou de la fausse déclaration à cet égard, voy. *Assurances maritimes*. — Position et responsabilité du capitaine, voy. *Mandat*.

CAPTATION. — Effet de la captation à l'endroit des libéralités, 389. — Doutes que le silence du Code avait fait naître, 390. — La captation peut être prouvée par témoins, 391 et suiv. — Distinction entre la captation licite ou illicite, 392. — Le concubinage fait-il présumer celle-ci? 393. — Comment s'apprécie la gravité des faits, caractère qu'ils doivent offrir pour faire ordonner la preuve, 394 et suiv. — Effets de la preuve sur la libéralité, 400. — L'action en captation est-elle recevable contre la donation entre-vifs? 403.

CAUTIONNEMENT. — La vente du fonds dotal peut-elle être valablement cautionnée, notamment par la femme elle-même et sur ses biens paraphernaux? 1333 et suiv. — Le cautionnement d'une dette de jeu est-il licite et obligatoire? voy. *Jeu*.

CHOSE JUGÉE. — Caractère de l'autorité attachée à la chose jugée, 419. — Conséquences, quant à l'erreur commise en jugement, 420. — Le dol crée une exception au principe admis en cette matière, conséquence, 421. Voy. *Requête civile*, *Prise à partie*. — Caractère de la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée, conséquences, 515 et suiv. — Conditions exigées pour qu'il y ait chose jugée, 517. — Jugements susceptibles de la créer, 518 et suiv. — Le jugement interlocutoire sur un point peut être définitif sur un autre, conséquences, 521. — A quelle époque les jugements définitifs ont-ils acquis l'autorité de la chose jugée? 523 et suiv. — Jugements rendus en pays étrangers, 529. — La chose jugée ne peut résulter que du dispositif, 530. — L'identité d'objet est une condition indispensable, 531 et suiv. — L'objet est le même si, après avoir surcombe sur la demande du tout, on réclame une partie, quid de l'hypothèse inverse? 534 et suiv. — Le jugement au possesseur ne crée aucun préjugé sur le pétitoire, 536. — Que faut-il entendre par la partie réclamee? 537. — La chose jugée n'existe que si les deux demandes ont sur cause identique, dans quelles hypothèses reconnaît-on cette condition? 538 et suiv. — Différence entre la cause et les moyens, 543. — La chose jugée sur un moyen l'est pour tous les autres, 544 et suiv. — L'utilité de la distinction à l'endroit de la nullité des actes, 546. — Classement à faire pour la solution de la difficulté, 547. — La chose jugée exige que les parties soient les mêmes et qu'elles agissent en la même qualité, 548. — Manières diverses d'être partie dans un procès, 549 et suiv. — *Quid de l'instance jugée en faveur ou contre l'héritier apparent?* 568. — Mode d'appréciation de la chose jugée, 569. — La chose jugée contre le débiteur est-elle opposable aux créanciers? 1816. — Position exceptionnelle des créanciers hypothécaires ou privilégiés, 1817.

COMMENCEMENT DE PREUVE. — Le commencement de preuve rend, dans tous les cas, la preuve orale admissible, 730. — Sa définition, 731. — Nature de la règle posée par l'article 1347 du Code civil, exceptions dont elle est susceptible, 732. — Droit ancien et nouveau sur les livres et registres des marchands, 733 et suiv. — Les copies des livres peuvent servir de commencement de preuve, 735. — Interrogatoire des parties, 736 et suiv. — Leur ova, ou déclarations fournies contradictoirement à l'audience, 738 et suiv. — Peut-on diviser les uns et les autres, lorsqu'il ne s'agit que de la vraisemblance du fait allégué? 740 et suiv.

— Refus de comparaitre ou de répondre, obscénité calculée des réponses, 732. — Les aveux et déclarations faits en justice de paix sont assimilés à ceux faits devant les tribunaux ordinaires, 743. — La loi exigeant seulement que l'écrit émane de la partie, conséquence quant à sa forme, 744. — L'écrit non reconnu ne peut être le commencement de preuve qu'après vérification, 745. — Catégories diverses des écrits invoqués, 746. — Les registres et livres des marchands se placent dans celle des écrits rédigés mais non signés par la partie, 747. — L'article 1330 est-il applicable à la recherche du commencement de preuve? 748. — Actes sous seing privé ne réunissent pas les conditions exigées par les articles 1325 et 1326 du Code civil, 749 et suiv. — L'acte authentique, nul pour incompétence de l'officier qui l'a reçu ou pour violation des formes, peut servir du commencement de preuve, s'il est signé par toutes les parties, 750 et suiv. — Ce commencement peut également résulter de lettres missives, exemple, 758. — L'écrit émané de l'auteur de la partie est censé émaner de celle-ci, 759. — Quid de celui provenant du mandataire? 760. — Arrêt de Toulouse faisant résulter le commencement de preuve des registres d'un notaire, 761. Voy. *Fidélité*.

CARDS VOYAGEURS. — Nature des pouvoirs des commis voyageurs; effet des engagements qu'ils contractent, voy. *Mandat*.

COMPLICITÉ. — Caractère et effet de la complicité dans le dol ou la fraude, arrêt notable de la cour d'Agde, 86 et suiv.

CONCUBINAGE. — L'existence du concubinage fait-elle présumer la captation illicite? voy. *Captation*.

CONCUBINE. voy. *Prise de partie*.

CONNAISSANCE. — Effet de la différence entre le connaissance à la police d'assurance, voy. *Assurances maritimes*.

CONTRAINTES PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE. — Coup d'œil historique sur la contrainte par corps sous les législations antérieures au Code, disposition de celui-ci, 327 et suiv. — Faculté conférée par l'article 126 du Code de procédure civile, modification émise par cette disposition à l'ordonnance de 1667, 329 et suiv. — Peut-elle être prononcée pour la restitution de la valeur de la chose dont le transfert est annulé? 331. — Exception à la faculté de décerner la contrainte, 333 et suiv. — Durée de la contrainte par corps en matière civile, 335.

CONTREFAÇON. — La contrefaçon des marques de fabrique, l'usurpation du nom du fabricant, la fausse indication du lieu de la production, est assimilée à la trahison sur la nature de la chose, 960.

COUPE-LETTRE. — La contre-lettre dissimulant le prix d'une vente est-elle valable? 1296 et suiv. — Quid des contre-lettres en matière de cession d'office? 1301. — La qualité des parties influe-t-elle sur le sort de ces contre-lettres? 1303. Voy. *Action et Offre*. — Contre-lettre aux conventions matrimoniales, voy. ces mots.

CONVENTIONS MATRIMONIALES. — Caractère des conventions matrimoniales, conséquences de la fraude, 775.

— Faculté que renferme celle-ci, moyens de la prévenir, 776. — Irrévocabilité des stipulations du contrat, 777. — Conditions pour la validité des modifications consenties avant la célébration du mariage, nullité absolue de celles qui suivraient cette célébration, 778 et suiv. — Difficultés pouvant surgir, comment elles doivent être appréciées? 783 et suiv. — Le Code civil n'a pas consacré le principe du droit ancien, n'annulant les changements que lorsqu'ils empiètent sur le sort de la dot, 786. — Mais on doit toujours distinguer le changement prohibé de la modification résultant de l'excécution naturelle de l'obligation, 787. — Application de cette règle à la renouciation du père

ou de la mère à un avantage de leur contrat de mariage, en faveur de leurs enfants, à la dation d'une hypothèque non stipulée, 788. — Les tiers parties au contrat de mariage sont régis par les mêmes principes que les époux et leurs parents, 789. — La demande en nullité des contre-lettres et des changements illégitimes peut être intentée par la partie elle-même, 790 et suiv. — L'action est imprescriptible pendant la durée du mariage, 792. — Les conventions et les avantages obtenus par dol ou fraude peuvent être révoqués sur la poursuite de l'époux trompé, 793.

CONVENTION DES EXPERTS. voy. *Requête civile*.

COURTIERS. voy. *Agents de change*.

CRÉANCIERS. — Ont le droit d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, 1403 et suiv. Voy. *Detournement, Dot, Séparation de biens*. — Peuvent faire annuler la renouciation de la femme à la communauté, 1330. — Ce droit appartient aux créanciers personnels de l'héritier de la femme, 1332. — Les uns et les autres peuvent-ils querreller l'acceptation faite par la femme ou ses héritiers? 1333. Voy. *Partage, Succession, Usufruit*.

D

DÉCLARATION. — Effet de la fausse déclaration dans le contrat d'assurances, voy. *Assurances maritimes*.

DÉCONFIANCE. — Effet de la déconfiance du commerçant à l'endroit de la présomption de fraude en faveur des créanciers, 1442 et suiv.

DEBET. — Le débet stipulé dans une promesse de mariage est frappé de nullité, 1333. — Admissibilité de la preuve orale pour en prouver le véritable caractère, s'il a été stipulé sous la forme d'une obligation pure et simple, 1334 et suiv.

DEBI DE JUSTICE. voy. *Prise de partie*.

DÉSAVOU. — Dans quel cas le mari peut-il désavouer l'enfant? 840 et suiv. — Effet du désaveu par rapport à l'enfant? 842. — Exceptions qu'il pourra opposer à l'action, dans l'hypothèse d'une naissance précoce, 845 et suiv. — L'enfant qui n'est pas né viable ne peut pas être désavoué, 849. — A quelles conditions peut-on désavouer l'enfant conçu et né pendant le mariage? 857 et suiv. — L'action en désaveu est recevable avant qu'il y ait chose jugée sur l'adultère, mais celui-ci n'est pas la conséquence du recel de la naissance, 870 et suiv. — Procédure que doit suivre le mari, 875. — L'action en désaveu lui est personnelle, 874. — Quand se transmet-elle aux héritiers, et quels sont ces héritiers? 873 et suiv. — L'héritier présomptif de l'absent peut-il désavouer l'enfant né depuis l'absence? 877 et suiv. — Quid du tuteur de l'interdit? 880 et suiv. — Les fins de non-recevoir opposables au mari le sont à ses héritiers, 883. — L'héritier qui aurait personnellement reconnu la légitimité de l'enfant n'est plus recevable à le désavouer, 884. — Délai accordé soit au père soit à l'héritier, point de départ, 885 et suiv. — Derbécance, si le désaveu régulièrement intenté n'est pas suivi d'une action en justice dans la mois de la notification, 888. — Quelles personnes sont parties dans l'action en désaveu? 889. — Effet de la naissance tardive, voy. *Contestation de légitimité*.

DÉTournement. — Son caractère, 899 et suiv. — Différence entre la détournement, le recel et l'omission d'indication à l'inventaire, 901. — Caractère de la tentative de l'un ou de l'autre, 902. — Pouvoir du juge dans l'appréciation des faits constitutifs, 903. — Effet du détournement par la femme, 904 et suiv. — La poursuite appartient exclusivement au mari ou à ses héritiers, 908. — Le détournement par la mari ou ses héritiers motivent la révocation de la renouciation à la communauté, 909. — L'époux convulsaire

de détournement perit-il les droits qu'il aurait sur les objets saisis, non-seulement comme commun, mais encore comme donataire de son conjoint? 910. — Le détournement qui ne peut être poursuivi criminellement contre l'époux ne l'est contre les complices, 911. — Effets du détournement commis par le copartageant, 925 et suiv. — Y a-t-il détournement dans la détention d'effets portés à l'inventaire, 930 et suiv. — Le détournement opéré du vivant de l'auteur est assimilé à celui qui serait exécuté après sa mort, 932. — L'exagération du passif constitue le détournement punissable, 933. — L'auteur du détournement ou du recel peut, indépendamment de la perte de sa portion, être condamné à des dommages-intérêts, 934. — Quid si celui qui a détourné est encore mineur? 936. — Le détournement de l'aicif à la dissolution du mariage est la fraude la plus dangereuse pour les tiers, 1318. — Son caractère et ses effets à l'endroit de la femme dotale ou commune en biens, 1320 et suiv. — Effets du détournement commis par le mari ou ses héritiers, 1323. — Peut-on cumuler les peines portées par la loi et une allocation de dommages-intérêts? 1324. — Les héritiers du mari peuvent, en cas de détournement par la femme, ne pas faire prononcer la nullité de la renonciation qu'elle aurait faite à la communauté, 1326. — Mais elle n'en est pas moins considérée comme connue à l'égard des créanciers, 1327. — Doit-on considérer comme détournement la fausse supposition de créances à la charge de la succession? 1329. Voy. *Renonciation*. — Le détournement n'en est pas moins punissable, qu'il ait été commis avant ou après le mariage du conjoint, 1336.

Dettes. — Nullités des dettes contractées pendant le mariage par la femme seule, 807. — Les dettes résultant des nécessités du ménage se placent dans une catégorie spéciale, 808 et suiv. — L'article 1410 du Code civil rend inutile toute antériorité dans le but de faire considérer les dettes de la femme comme antérieures au mariage, 810. — Le mari, qui a payé des dettes non justifiées aux termes de cet article, ne peut en exiger récompense, 815 et suiv. — Le paiement après condamnation de la femme donnerait-il lieu à récompense? 815.

Dol. — Rôle du dol dans les conventions, 2. — Causes de son développement, 3. — Motifs de la sévérité que le législateur a déployée dans sa répression, 4. — Différence entre le dol et la fraude, 12. — Définition du dol en droit romain, 14 et suiv. — Dans quels cas le dol dégenère-t-il en délit? 17. — A quelles conditions doit-on en admettre l'existence, 21 et suiv. — Distinction en droit romain entre le dol bon ou mauvais, 42 et suiv. — Cette distinction se retrouve dans notre droit, mais à l'endroit de la fraude, 45. — Le dol ne peut être que personnel, 46. — Existait-il en droit romain un dol réel? 47 et suiv. — Comment se prouve le dol? 106 et suiv. — Ses effets, 261 et suiv.

Dol accidentel. — Ses caractères, 66. — Exemples, 67 et suiv. — Le dol accidentel n'est constitué que par l'emploi de manœuvres, 69. — Nécessité de la distinction entre la lésion et le dol pour les ventes mobilières, 74. — Exemples de dol sur la qualité annulant le contrat, 75 et suiv. — Effets du dol accidentel, 264 et suiv.

Dol direct. — Le dol direct est celui qui émane personnellement de la partie, 78. — Quid de celui commis par le mandataire? Voy. *Mandat*.

Dol indirect. — Caractère et exemples du dol indirect, 84. — Effets du dol substantiel indirect dans les traités, 265.

Dol négatif. — Caractère du dol négatif, 94 et suiv. — Exemples puisés dans divers arrêts fort remarquables, 96 et suiv. — Espèces de dol négatif consacrées par l'article 348 du Code de commerce, 100.

Dol positif. — Ses caractères, difficulté de son appréciation lorsqu'il se produit par paroles seulement, 89 et suiv. — Appréciation et conséquences du mensonge le constituant, 93.

Dol postérieur au contrat. — Origine, nature et caractère du dol postérieur au contrat, 101 et suiv. — Peut naître à la suite d'une simulation légitime, 103.

Dol présumé. — Diverses hypothèses dans lesquelles le dol est de plein droit présumé, 109 et suiv. Voy. *Assurances maritimes, Incapables*. — Le dol est toujours présumé dans les libéralités faites aux personnes désignées dans l'article 909 du Code civil, 161. — Nature de cette présomption, 176. — Exceptions qu'elle comporte, 177 et suiv.

Dol substantiel. — Sa nature et ses effets, 50 et suiv. — Obligations de celui qui en allègue l'existence, 52. — Exemples de dol portant sur le consentement, 53 et suiv. — Dol sur la capacité des parties, 57. — Dol sur la matière du contrat, exemples, 61 et suiv. — Dol sur la cause de l'obligation, 64.

Dommages-intérêts. — Objet de l'allocation des dommages-intérêts, qui peut la réclamer? 300. — L'étendue de la condamnation est laissée à la prudence du juge, 301. — Maximum déterminé par le droit romain, principes à consulter sous l'empire du Code, 302 et suiv. — En quoi consistent les dommages-intérêts dans le cas de faute, de fraude ou de dol, 304 et suiv. — Intérêts moratoires, exceptions à la règle de l'article 1153 du Code civil, 313. — Peut-on, outre les dépens de l'instance, condamner le plaideur téméraire à une allocation pécuniaire? 319 et suiv. — Contre qui l'action en dommages-intérêts doit-elle être poursuivie? 322. — Ses conséquences on matière de vente d'objets mobiliers, 325. — La condamnation est solidairement prononcée contre tous ceux qui y sont tenus comme auteurs ou complices, 324 et suiv. — Elle peut être prononcée avec contrainte par corps, 329.

Don mutuel. — Le don mutuel et réciproque par un seul et même acte est nul, 1656. — Y a-t-il don mutuel et réciproque lorsque les époux, vendant un immeuble de la communauté, en laissent le prix à rente viagère réversible en tout ou en partie sur le survivant? 1657.

Donataire. — L'époux donateur n'est pas recevable à querreller de simulation la donation par lui consentie, 1675. Voy. *Donation*.

Donation, voy. Libéralités. — Les donations autorisées par l'article 1422 peuvent-elles être valablement faites aux personnes réputées interposées? 827.

Donation contractuelle. — Conditions indispensables pour que la donation soit considérée comme faite en vue du mariage, 1474. — Droits des créanciers et des héritiers dans le cas de fraude de la part du donateur, 1717. — Droits des premiers dans l'hypothèse de fraude concertée entre le donateur et le donataire, 1718.

Donation déguisée. — La donation déguisée, en l'absence de toute interposée, est valable, 1264 et suiv. — Est-elle affranchie de la révocation pour survenance d'enfants? 1266. — Quelle est dans ce cas la preuve admissible pour établir le véritable caractère de l'acte? 1267. — Durée de l'action, 1268. — Ses conséquences, à l'endroit des tiers détenteurs, 1249. — Facilité qu'ont les époux de se faire des donations déguisées en par personne interposée, 1666. — Ces donations sont frappées de nullité absolue, 1677 et suiv.

Donation entre époux. — Faculté illimitée qu'ont les époux de se donner par contrat de mariage, 1643. — Exceptions que cette règle comporte, 1646 et suiv. — Suspicion qui s'attache aux donations entre époux penant le mariage, leur révocabilité absolue, 1649 et

suiv. — La femme peut les révoquer sans autorisation, 1652. — Sont-elles révoquées par survenance d'enfants? 1653. — Formes de l'acte révoctoire depuis la loi du 21 juin 1843, 1654. — Véritable caractère de la donation entre époux faite pendant la durée du mariage, 1655.

DONATION INDIRECTE. — La donation indirecte entre époux n'est valable que dans les limites des articles 1094 et 1098 du Code civil, caractère de ces dispositions, 1638. — De quels actes peut résulter la donation indirecte entre époux? 1639 et suiv. — Il y a donation indirecte dans l'adoption de la communauté en cas d'inégalité dans l'apport respectif, 1643. — Effet de cette adoption pour les enfants d'un premier lit, 1664. — Comment s'opère la réduction qu'ils sont dans le cas d'obtenir, 1665. — La donation indirecte faite au mépris de l'article 1099 du Code civil est réduite, 1676.

DOT. — Fraudes dont la constitution de la dot est susceptible, 794. — Obligation pour le mari de poursuivre le rentrée de la dot, sa responsabilité, 795. — La quittance d'aucun dot non reçu constitue une libéralité; ses effets à l'égard des réservataires et des créanciers, 796. — La quittance d'aucun dot non reçu peut, si le mariage n'a pas été célébré, être annulée sur la preuve écrite de la simulation, 797. — La quittance de la dot, sous partie secret de se contenter d'une moindre somme, oblige à la restitution de la somme quittancée, 798. — Il en est de même de la quittance donnée *apud futuram auctoritatem*, 799. — La contre-lettre expliquant la quittance ne serait pas opposable à la femme, 800. — *Quid* si le mari avait reçu en paiement des effets du constitution? 801. — La quittance par le père du l'époux de la dot touchée par celui-ci pourrait être attaquée comme constituant une libéralité, 802. — Origine et effets de l'inaliénabilité de la dot, 1312. — Son caractère, 1313. — Nature de la nullité, ses conséquences à l'endroit de l'empêchement du fonds dotal, 1314 et suiv. — Droits de celui-ci suivant qu'il a ou non la dotale, 1316 et suiv. — *Quid* si l'aliénation a été frauduleusement concertée entre les époux? 1318. — Qui peut poursuivre la nullité d'une aliénation dotale? 1319 et suiv. — Le mari, héritier de sa femme, est-il recevable à demander en cette qualité la révocation de l'aliénation qu'il a lui-même consentie comme époux? 1321 et suiv. — Nature et étendue de l'obligation de restituer le prix, 1326. — Exception que le mari peut invoquer, 1328. Voy. *Action, Cautiement, Femme mariée, Stipulation*. — La constitution de dot par le père peut être querrelée par les créanciers, comme faite en fraude de leurs droits, 1467. — Système du droit romain et de notre ancien droit sur les effets de la fraude, 1468 et suiv. — Doctrine adoptée sous le Code par le cours de cassation, 1470 et suiv. — Les créanciers du mari peuvent-ils attaquer la reconnaissance ou la quittance de la dot? 1477. — *Quid* de la quittance consentie pendant la durée du mariage? 1478.

DROITS LITIGIEUX. — Personnes auxquelles il est prohibé d'acquiescer des droits litigieux, 701. — Quo faut-il entendre par procès, droits ou actions litigieux? 707. — Qui peut poursuivre la nullité de la cession? 708. — En pareille matière, l'interposition de personne obéit-elle aux règles de l'article 911 du Code civil? 709.

■

ÉCHANGE. — L'échange est régi par les principes de la vente, 779. — Droit que confère à l'échangeur la découverte que la chose qui lui a été remise n'appartenait pas au coparticipant, 980 et suiv. — Effets légaux de la rescision prononcée sur ce motif, quant à

la revendication de la chose donnée par le poursuivant, 983 et suiv. — La ratification du véritable propriétaire n'empêcherait pas la rescision, mais elle influerait sur les dommages-intérêts, 984 et suiv. — A quel consistant ceux-ci? Peuvent-ils être cumulés avec la reprise de la chose? 976 et suiv. — En quoi consiste le dédommagement, si le poursuivant renonce à cette reprise? 988. — Exclusion de l'action en lésion dans l'échange, motifs, 989. — La fraude fait exception à cette règle, 990. — Il en est de même si le contrat qualifié échange n'est qu'une vente, 991. — A quels caractères se reconnaît cette simulation? 992 et suiv.

EFFETS PUBLICS, VOY. JEU.

EMPÊCHEMENT DE TESTER. — Législations anciennes sur l'empêchement de tester, conséquences du système consacré par le Code, 404 et suiv. — Ses effets à l'endroit de l'héritier testamentaire, 406. — Nature de l'action qui en naît, 407. — Caractère de ce dol, pertinence des faits tendant à l'établir, 408. — Par qui et à quel sont des les dommages-intérêts? 409 et suiv.

EMPRUNTS. — Facilités que les emprunts présentent pour frauder les créanciers, 1733. — Leur effet en matières commerciales, précautions prises à cet égard, 1736 et suiv. — Modifications introduites par la loi du 1838, 1738. — Effets de la poursuite personnellement intentée par un créancier, 1739. — Effets et caractère de la simulation dans les emprunts en matière civile, 1740. — Cette simulation peut être opposée par les créanciers postérieurs à la date de l'emprunt, 1741.

ENFANT ADULTÉRIN. — L'enfant adultérin ou incestueux ne peut être reconnu, 1370 et suiv. — La recherche de la paternité est interdite lorsqu'elle doit divulguer une naissance adultérine ou incestueuse, 1373. — La reconnaissance illégale ne peut nuire ni profiter à l'enfant, conséquences, 1375 et suiv. — Dans le cas de la découverte accidentelle du vice de la naissance, toutes les donations reçues par l'enfant doivent être réduites, 1384. — Nature des droits qu'il est appelé à exercer dans la succession de ses père et mère, 1697.

ENFANT INTESTUEUX, VOY. ENFANT ADULTÉRIN.

ENFANT NATUREL. — Position des enfants naturels sous l'empire des anciennes et de la nouvelle législation, 1369 et suiv. — Leurs droits, 1385. — Peuvent-ils valablement reconnaître, de quelle manière? 1386. — La femme mariée peut réaliser cette reconnaissance sans avoir besoin d'autorisation, 1387 et suiv. — La reconnaissance valablement faite est irrévocable, 1390. — L'enfant est libre d'en récusar le bénéfice; doit-il, dans ce cas, prouver la fausseté de la déclaration? 1391 et suiv. — Effets de la reconnaissance délativement acquiescée, 1396. — L'enfant naturel reconnu ne peut rien recevoir au delà de ce qui lui est réservé par l'article 757 du Code civil, 1397. — Droit des héritiers de poursuivre la nullité ou la réduction de tout avantage indirect, 1398. — Le père est-il recevable à poursuivre la nullité des actes qu'il aurait simulés pour avantager l'enfant naturel? 1399. — *Quid* du légataire universel? 1400.

ERREUR. — Quelle est l'erreur donnant ouverture à la nullité du mariage? 348 et suiv.

ERREUR DE DROIT. — Celui qui a concouru à une simulation peut-il se prévaloir de sa turpitude, sous prétexte d'erreur de droit? 1810.

EXÉCUTION. — L'exécution occulte, donnée par le débiteur aux obligations qu'il consent, peut faire présumer la fraude contre ses créanciers, 1434. Voy. *Anticipation tacite*.

EXPERTS. — La fraude des experts chargés de déterminer le prix d'une vente peut-elle nuire ou profiter aux parties? 971 et suiv. — A quels caractères reconnaît-on cette fraude? 976.

F

FAILLITE. — Les faillites admettent, dans plusieurs cas, la présomption de fraude, 721. — Nature de cette présomption, suivant qu'il s'agit d'actes antérieurs ou postérieurs au jugement déclaratif, 722. — Distinction à faire pour ces derniers, 723. — Effets de la présomption, 724.

FEMME MARIÉE. — Les engagements souscrits par la femme, sans l'autorisation de son mari, sont présumés frauduleux, 133. — Quel est le sort des acquisitions que la femme soutient avoir réalisées pendant la durée du mariage? 704. — Fraudes que la femme peut commettre, 804 et suiv. — La femme, tenue de son dol, l'est de sa fraude; application de ce principe à la vente du fonds dotal courcée entre les deux époux, 831. — Exceptions qu'elle peut invoquer dans ces cas, 832 et suiv. — A quelle époque peut être exercée l'action soit du mari, soit de la femme? 834. Voy. *Détournement, Récusation, Séparation de biens*.

FIDÉICOMMISS TAITE. — Le fidéicommiss taite peut avoir pour objet de favoriser un incapable, 1612. — Double forme qu'il peut revêtir, 1613. — Ses effets avant et depuis le Code, 1614 et suiv. — Son existence peut être prouvée par témoins, caractère que la preuve doit offrir, 1616 et suiv. — Le fidéicommiss taite est valable si l'appelé est capable de recevoir, 1624. — Dans le cas de fraude de l'intermédiaire choisi, l'appelé est recevable à prouver oralement l'existence du fidéicommiss et sa destination, 1625 et suiv. — Effet de la donation résultant du fidéicommiss taite, 1670.

FIDUCIE. — Caractère de l'institution fiduciaire, ses effets, 1601. — La fiducia n'exclut pas la disposition en faveur du grevé d'une qualité soit en fruits, soit en fonds, 1602. — Effets du prédécès de l'appelé, 1603. — Droit ancien sur les circonstances caractérisant la fiducia, 1604 et suiv. — Que doit-il en être sous l'empire du Code? 1607 et suiv. — La simple fiducia ne peut être recueillie par l'incapable, 1611.

FILIACTION. — L'enfant, à qui on a enlevé sa filiation, est admis à la réclamer s'il a une preuve littérale ou tout au moins un commencement de preuve, 892. — Ce qui, dans cette hypothèse, constitue ce commencement de preuve, 893.

FIN DE NON-RECEVOIR. — Il ne suffit pas qu'une demande soit fondée, il faut encore qu'elle soit recevable, 512. — Nature des fins de non-recevoir, distinction, 515. — Nomenclature, 516. — Quelles sont les fins de non-recevoir contre la fraude? 1807. — En matière de simulation ou de violation d'une loi d'intérêt privé? 1808. — L'erreur de droit peut-elle relever de la maxime *nemo auditur*, etc...? 1810. — Aucune fin de non-recevoir n'est opposable dans le cas de fraude à une loi d'ordre public, 1811 et suiv. — L'exception donnée à l'acte d'ordre supérieur à la prescription de l'action, point de départ et durée de cette prescription, 1815. Voy. *Chose jugée, Prescription, Ratification*.

FRAUDS. — Nature de la fraude, ses caractères, 610 et suiv. — Diverses espèces de fraude, 642. — Preuve admissible, objet qu'elle doit se proposer, 643 et suivants.

FRAUDE CONTRE LA LOI. — Effet de la fraude contre la loi, 1287. — Difficulté qu'elle fait surgir, 1289. — Distinction pour juger si la preuve orale est ou non admissible, 1289 et suiv. — Importance de cette distinction à l'endroit des articles 1131 et 1132 du Code civil, 1295.

FRAUD CONTRE LA PARTIE CONTRACTANTE. — Définition de la fraude contre la partie, 770. — Rapports et différence entre elle et le dol, 771. — La fraude, poussée jusqu'à certaines limites, constitue des délits et des

crimes, 772. — La fraude assimilée au dol est régie par les règles tracées pour celui-ci, 773.

FRAUDE PRÉSUMÉE. — Nature et motif de la présomption de fraude, 645. — Divers cas de fraudes présumées, 646 et suiv. Voy. *Agents de change, Courtiers, Philatélic, Incapables, Jeu, Libéralité, Marchandises, Société universelle, Stéllionat, Succession future, Vente entre époux*.

G

GARDE-MALADE. — L'incapacité édictée par l'article 909 du Code civil contre les chirurgiens, médecins, etc..., s'étend-elle à la garde-malade? 168.

H

HÉRITIERS. — L'héritier du mineur peut-il poursuivre l'action en nullité du traité intervenu au mépris de l'article 472 du Code civil? 151 et suiv. — L'héritier du mineur est recevable à attaquer le testament fait par celui-ci, contrairement à l'article 907 du Code civil, 154. — A faire annuler la libéralité consentie par le mineur dans les mêmes circonstances, 155 et suiv.

HUISSIER. — L'huissier étant, comme l'avoué, le mandataire de la partie, la loi lui rend communes les dispositions des articles 252 et 1031 du Code de procédure civile, 302. — La condamnation de l'huissier aux frais de l'acte nul est-elle facultative? 303. — L'huissier n'est tenu que de son fait personnel, importance de cette règle dans ses relations avec l'avoué, 304 et suiv. — Cas divers d'application de la responsabilité des huissiers, 307 et suiv. — L'huissier ne doit pas être condamné sans avoir été entendu, 309. — Durée du mandat de l'huissier, 310.

I

IMPUISSANCE. — Différence entre l'Église romaine et l'Église française sur les effets de l'impuissance sur le mariage, 557 et suiv. — La nullité du mariage contracté par l'impuissant serait juste; motifs qui la fissent repousser par les auteurs du Code, 560 et suiv. — Quid de l'impuissance accidentelle? 562 et suiv. Voy. *Dénouement*.

INCAPABLE. — Personnes incapables de contracter, 410. — Principe de l'incapacité des condamnés pour crime, 112. — La convention souscrite par un incapable est présumée frauduleuse, 109. Voy. *Femme mariée, Interdit, Médecin, Mineur, Ministre du culte, Tuteur*.

INCAPACITÉ. — Effet de l'incapacité de la partie, si le poursuivant capable l'a connue ou ignorée, 58 et suiv. — La fraude déguisant une incapacité viole une loi d'ordre public, 1550.

INDICATION. — Effet de la fausse indication du lieu de production des objets vendus, voy. *Contrefaçon*.

INEXÉCUTION. — L'inexécution par le donataire des conditions de la donation peut constituer une fraude contre ses créanciers, 1719 et suiv. — Droits de ceux-ci d'empêcher la révocation, leur obligation dans ce cas, 1722.

INGRATITUDE. — La révocation de la donation pour cause d'ingratitude ne saurait être empêchée par les créanciers du donataire, 1723. — Faits constituant l'ingratitude, 1724 et suiv.

INTEGRITÉ D'ESPRIIT. Voy. *Libéralité, Captation*.

INTERDICTION. — La préexistence de l'intention de contracter ferait exclure, en cas de dol ou de fraude, l'action en nullité, mais non celle en dommages-intérêts, 32.

INTERDIT. — L'interdit est assimilé au mineur, 128. — Les actes qu'il contracte après l'interdiction ne peuvent jamais être validés, 129. — Les actes antérieurs sont présumés valables, 131. — Dans quels cas ad-

met-on la présomption contraire? 132. — Le tuteur de l'interdit peut-il dévouer l'enfant né depuis l'interdiction? Voy. *Désaveu*.

Intérêts, voy. *Usure*.

Intérêts compensatoires. — Différence entre les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires, 318. Voy. *Dommages-intérêts*.

Intérêts accessoires, voy. *Dommages-intérêts*.

Interposition de personne. — Cas dans lesquels l'interposition de personne est de plein droit présumée, voy. *Médicin*, *Ministre du culte*. — *Quid* pour les donations entre époux? 1666. — C'est par l'état des choses au moment de la donation que la question d'interposition doit se résoudre, 1667. — Les ascendants de l'époux sont-ils compris dans la catégorie des personnes interposées? 1668. — Faculté de prouver dans tous les cas et par tous les modes l'interposition alléguée, 1669.

J

Jeu. — Différence entre la dette de jeu et la dette dolosive, 185. — La dette de jeu est présumée frauduleuse, 660. — Difficulté que présente cette présomption dans son application aux paris sur la hausse ou la baisse des effets publics, 661. — A quel caractère doit-on reconnaître le jeu en cette matière, 662. — Avantages de l'article 422 du Code pénal sur la législation précédente, nature et origine de celle-ci, 663. — Inconvénients du système actuel, 664. — L'appréhension de la légalité de l'opération est abandonnée à la prudence du juge, 665. — Application de ces principes au jeu sur marchandises, caractères spéciaux à celui-ci, 666 et suiv. Il n'y a véritablement opération illicite que lorsque le jeu est coécéré et consenti par toutes les parties, conséquences, 669. — La dette de jeu doit être annulée, sous quelque forme qu'elle ait été déguisée, 670 et suiv. — Exceptions consacrées par l'article 1963 du Code civil, leur caractère, 673 et suiv. — La faculté de rejeter la demande n'emporte pas celle de la réduire, 674. — Ce qui a été payé ne peut être répété que dans les cas prévus par l'article 1967 du Code civil. — Nature de cette disposition, 673 et suiv. — Le tiers ayant payé la dette du perdant a-t-il contre celui-ci l'action en remboursement? 675. — *Quid* si ce tiers a été le mandataire du perdant et a joué pour lui? 678.

Jouissance. — L'abus de jouissance, que commet le donateur sans réserve d'usufruit, est une fraude, ses effets, 1706 et suiv. Voy. *Louage*, *Usufruit*.

Jugement. — Influence du jugement correctionnel sur le délit à l'endroit de l'action en réparation du dol, 19. Voy. *Chose jugée*.

L

Légitimation. — La légitimation par mariage subséquent peut n'avoir d'autre motif que d'obtenir frauduleusement la révocation d'une donation précédemment consentie, 1700. — Droits du donataire, 1701 et suivants.

Légitimité. — La légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage peut être contestée, 830 et suiv. — A qui appartient l'action en contestation de légitimité? 835. — Différence entre cette action et celle en désaveu, 836. — La légitimité peut être la conséquence de l'action de l'enfant en suppression de part, 838.

Lettre de change. — Le souscripteur d'une lettre de change peut prouver par témoins les simulations lui enlevant un ou plusieurs des caractères essentiels à sa perfection, 1284 et suiv.

Libéralité. — Nullité des libéralités faites par un ma-

lade à son médecin, chirurgien, etc., pendant sa dernière maladie, 185. — Ces libéralités doivent être annulées, encore qu'elles aient été déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, 184. — Importance du droit de disposer de ses biens, 366. — Mais ce droit doit être l'expression d'une volonté libre, conséquences quant aux libéralités arrachées par le dol, 367 et suiv. — Quant à celles consenties dans un état d'insanité d'esprit, 370. — Fondement de l'article 901, son application aux libéralités, 371 et suiv. — L'insanité d'esprit fait présumer la suggestion, 373. — Peut être prouvée par témoins, caractère et conditions que la preuve demandée doit offrir, 376 et suiv. — Législation ancienne et moderne sur les intervalles lucides, 381. — *Quid* si la libéralité est postérieure à l'interdiction? 382 et suiv. — La libéralité faite à un incapable est présumée frauduleuse, 381. — Simulation que cette règle suggère, 382. — Motifs, caractère et fondement de cette présomption, 383 et suiv.

Liberté. — Les lois concernant la liberté individuelle sont d'ordre public, conséquences quant à la fraude ayant pour objet de les éluder ou de s'y soustraire, 1330.

Louage. — But et objet du louage, fraude dont il est susceptible dans son origine ou dans son exécution, 994 et suiv. — Obligation du bailleur de livrer la chose, 996. — La location de la chose d'autrui est nulle, effet que produit la menace d'éviction, 997 et suiv. — Droit du preneur s'il a consenti des anticipations, 999. — Danger que court le communisme louant seul la chose commune, 1000. — L'usufruitier, le mari ou le tuteur louant les biens dont il a l'administration ou la jouissance, doit indiquer sa qualité; effet de l'omission, 1001 et suiv. — Effet de la fraude consistant à louer deux fois la même chose ou dans le défaut d'indication, en cas de vente, de l'existence du bail, 1003 et suiv. — Obligation dérivant du principe que le bailleur est tenu d'assurer la jouissance au preneur, 1003 et suiv. — A défaut de délivrance, le bail est résilié, si le preneur l'exige, sans qu'on puisse le faire s'il en demande l'exécution, 1009 et suiv. — A la charge de qui sont les réparations? Durée fixée pour celles que le propriétaire doit faire, 1011 et suiv. — Effet de la responsabilité du bailleur quant aux vices cachés, 1814 et suiv. — Etendue de la jouissance conférée au preneur, effet de la prohibition de sous-louer, 1020 et suiv. — Cette prohibition n'est pas violée si la sous-location n'est que l'accessoire forcé d'une obligation légitime, 1025 et suiv. — Obligation du preneur de conserver les lieux ou d'en maintenir la destination, 1028 et suiv. — Il doit les exploiter jusqu'à la fin, 1030. — L'interdiction de changer la destination n'a pas besoin d'être exprimée, 1031 et suiv. — Le développement qu'un sol, même imprévu, imprime à l'exploitation d'une carrière, constitue-t-il un changement de destination? 1034. — L'ensemble de ces principes régit le louage des biens ruraux, 1035. — Devoir du fermier pour l'administration et la conservation de l'intégralité de la propriété, 1036 et suiv. — Cas dans lesquels la fraude du fermier revêt le caractère d'un délit, 1040. — Conséquences de l'obligation de représenter à la fin du bail les capitaux attachés à l'exploitation, 1041 et suiv. — Règlement des maléfices, 1044. — La contrainte par corps est facultative pour assurer le restitution des capitaux, 1045. — Nécessité de garnir l'immeuble, étendue de cette obligation quant aux biens ruraux, 1046 et suiv.

Louage d'industrie. — Principes régissant le louage d'industrie, 1049 et suiv. — Responsabilité du locuteur, difficulté sur les effets de la réception, 1051 et suiv. — Caractère de celle-ci, 1053 et suiv.

MANDAT. — Caractère et importance du mandat, 1205. — Facilités qu'il offre à la fraude, conséquences, 1206 et suiv. — Obligations que crée l'acceptation du mandat, 1209. — Formes de l'acceptation, peut-elle résulter du silence gardé sur la proposition? 1210. — *Quid* pour les avoués, notaires, commissionnaires? 1211. — Obligations en cas de refus, conséquences de l'acceptation, 1212 et suiv. — Exception à la règle que le mandat accepté doit être accompli jusqu'à révocation, 1214 et suiv. — Le mandat doit être strictement suivi pour les qualités, quantité et pour le prix, *quid* si celui-ci est dépassé? 1217 et suiv. — Cependant la détermination du prix n'exonère pas du devoir d'acheter à un prix moindre, s'il y a possibilité, 1220. — Le mandataire doit rectifier l'erreur évidente du mandant, 1221. — Il doit administrer fidèlement et en bon père de famille, 1222 et suiv. — Il doit entreprendre l'opération au moment même de l'acceptation et tenir le mandant au courant de toutes ses phases, 1225 et suiv. — Faute que le mandataire peut commettre, 1227. — Sa responsabilité à l'égard des tiers, 1232. — Obligation de rendre compte, son étendue, 1233 et suiv. — Obligations du mandant envers le mandataire, 1236. — Sa position vis-à-vis des tiers, 1237 et suiv. — Nature des pouvoirs conférés aux commis-voyageurs, effet des obligations qu'ils contractent, 1239. — Position du mandataire ayant exécuté son mandat vis-à-vis du mandant et des tiers, 1250 et suiv.

MANDATAIRE. — Le dol du mandataire conventionnel ou légal est imputable au mandant lui-même, 79. — La responsabilité de ce dernier s'étend aux dommages-intérêts dus au plaignant, 81. — Exception pour les mineurs, les interdits et autres incapables de droit, 82. — Obligations et droits du mandataire, voy. *Mandat*.

MANDATAIRE COMMERCIAL. — Le mandataire commercial peut agir en son propre et privé nom, 1240. — Exceptions dont cette règle est susceptible, 1241 et suiv. — Les tiers peuvent-ils actionner le mandant lorsqu'il est malicieusement connu? 1245 et suiv. — *Quid* en matière d'assurances maritimes? 1245 et suiv. — Étendue de la responsabilité réciproque du mandant et du mandataire, 1247 et suiv. — Effet de la révélation du nom du mandant, 1249.

MARCHANDISE, voy. *Fru, l'huir, l'huir*.

MARI. — Facilité pour le mari de commettre la fraude, précautions prises dans l'intérêt de la femme, 811. — Révocation des donations qu'il aurait obtenues, 812. — Comme chef de la communauté il ne peut aliéner, à titre gratuit, l'universalité ou une quotité du mobilier, 816 et suiv. — Simulation pour éluder cette règle, admissibilité de la preuve orale pour l'établir, 819. — Prémptions pouvant être invoquées, 820 et suiv. — Le maintien de la vente attaquée donnerait lieu à récompense en faveur de la femme, 822. — Mais la vente reconnue comme donation déguisée pourrait être annulée, 823. — Comment doit être entendue la faculté laissée au mari de donner à toute personne, et à titre particulier, le mobilier de la communauté? 821 et suiv. — La réserve d'usufruit en faveur du mari ferait considérer la donation comme faite à son profit, 826. — Fraude que le mari peut commettre comme administrateur des biens de la femme, 827 et suiv.

MARIAGE. — Motifs de la protection spéciale accordée au mariage, 334. — Dols nombreux dont il peut devenir l'occasion, conséquence, 337 et suiv. — Exceptions au principe de l'indissolubilité du mariage, 350 et suiv. — Exemple d'un mariage simulé pour acquiescer des avantages subordonnés à sa célébration, 342 et

suiv. — Il n'y a pas de mariage si le consentement des époux n'a pas été libre, 346 et suiv. — L'erreur sur la personne ne peut être entendue que de l'erreur sur la personne physique, 348 et suiv. — Le dol ayant déterminé le mariage ne peut le faire annuler, effets dont il est susceptible, 352 et suiv. — Le mariage ne peut en général être attaqué par les tiers pour cause de simulation, 1461 et suiv. — Peut-on du moins en contester les effets, quant aux avantages qu'il ferait acquiescer? 1463 et suiv.

MÉTIER. — Incapacité édictée contre les médecins par l'article 909 du Code civil, 161 et suiv. — Cette incapacité se déduit plutôt du fait du traitement que de la qualité de la personne, 163. — Comment ce traitement devra-t-il être constaté? 169. — *Quid* des personnes qui ont traité le malade sans titre aucun? 181. — L'incapacité du médecin est-elle couverte par le mariage qu'il contracte avec sa malade? 1445. — La ratification de ce mariage par les héritiers le rendrait inattaquable et lui assurerait tout efficacité, 1466.

MESSENGER. — Tout mensonge ne constitue pas le dol, 23. — Opinion de Pothier à cet égard, 24.

MINUTE. — La nullité de l'engagement du mineur est la conséquence de la frison légalément présumée, 114 et suiv. — Légitimité de cette présomption, 119. — Les actes faits par le mineur assisté de son tuteur ne peuvent être attaqués que de la manière indiquée pour ceux du majeur, 122 et suiv. — Le mineur ne peut être relevé de son dol, 125. — Ce dol n'est jamais présumé en faveur du majeur, 136. — Le mineur autorisé à faire le commerce est, quant à ce, assimilé au majeur, 137. — A quelles conditions le mineur peut-il valablement traiter avec son tuteur? 139. — Les termes de l'article 472 du Code civil comprennent-ils toute sorte de traités? ne concernent-ils que ceux intervenus sur la gestion tutélaire? 140 et suiv. — La présomption faisant annuler le traité violant l'article 472 du Code civil n'admet pas la preuve contraire, 144 et suiv. — Mais la question de savoir si la reddition de compte a été complète est laissée à la prudence du juge, 148. — Le mineur est recevable à attaquer la donation entre-vifs qu'il a consentie à son tuteur, contrairement à l'article 907 du Code civil, 154. Voy. *Donation, Libéralité, Testament*.

MINISTRE DE SANTÉ. — L'article 909 déclare les ministres du culte incapables au même titre que les médecins, chirurgiens, etc., condition en ce qui les concerne, 170 et suiv.

MOYENS. — C'est sur la gravité des moyens allégués sur la poursuite du dol que devra se porter l'appréciation du juge, 23. — Faut-il que ces moyens aient dû faire impression sur un esprit raisonnable? 26 et suiv. — Différence entre les moyens et la cause d'une demande, voy. *Chose jugée*.

NÉGLIGENCE. — La négligence que l'usufruitier mettrait à conserver les biens est assimilée aux dégradations, 1707. — Caractère qu'elle pourrait prendre à l'égard de ses créanciers, droits de ceux-ci, 1708.

NOTAIRE. — Principe et étendue de la responsabilité des notaires, 476 et suiv. — La faute lourde est assimilée au dol, 478. — Faute sans influence sur la validité de l'acte, son caractère, ses effets, 479. — *Quid* du notaire agissant comme mandataire de la partie? 480. — Erreur de droit entraînant la nullité de l'acte, ses effets, 481 et suiv. — Dans tous les cas, l'ignorance du notaire n'est excusable que si la preuve de sa bonne foi est acquiescée, 486. — Effet de la faute entraînant la nullité de l'acte, 487 et suiv. — Quelle est la quotité de dommages-intérêts à allouer? 490. — Le notaire, garant de l'individualité des parties, l'est-il de leur

espèce? 491 et suiv. — La preuve que le notaire connaissait l'incapacité obligerait sa responsabilité, 493. — Responsabilité et devoir du notaire dans le cas prévu par l'article 975 du Code civil, 1574 et suiv. Le défaut de réponse du notaire à la proposition d'un mandat constitue-t-il l'acceptation du mandat? voy. *Mandat*.

Nullité. — Caractère de la nullité des actes souscrits par l'interdit après son interdiction, 150. — La nullité du traité fait contrairement à l'article 472 du Code civil, n'étant pas susceptible de ratification, ne peut être couverte par l'exécution, 149. — Distinction entre la nullité de plein droit et celle par voie d'action, 267. — En quoi leurs effets diffèrent, 268. — L'acte dolosif n'est pas nul de plein droit, conséquences, 269 et suiv. — À qui appartient l'action en nullité? 271 et suiv. — L'auteur du dol ne peut jamais l'exercer, 275.

o

Orrerie. — Tout traité secret, déguisant le prix d'une cession d'office, est radicalement nul, 1501 et suiv. — Cette nullité peut-elle être opposée par le rasionnaire au tiers ayant payé à sa décharge? 1509. — L'acquéreur d'un office peut-il être poursuivi par les créanciers du vendeur en fraude desquels il a dissimulé le prix? 1796 et suiv. — L'action des créanciers ne peut avoir pour objet que la réparation du préjudice souffert, 1799. — La complicité du cédant peut être établie par témoins, 1800. — Responsabilité de l'orateur en cas de fausse déclaration sur saisie-arrest, 1801. — Les paiements partiels reçus par le cédant, les cessions du prix, par lui consenties avant l'approbation du gouvernement, sont-ils valables? 1802 et suiv. — Les quittances, même sans date certaine, peuvent-elles être opposées aux créanciers? 1806, voy. *Contre-lettre, Ratification, Répétition*.

p

Parenté. — La parenté entre l'auteur du dol indirect et la partie appelée à en profiter ne change pas la nature du dol, mais elle peut influencer sur la complicité par connaissance, 83.

Partage. — L'égalité entre les copartageants est la règle la plus absolue des partages, atteintes qu'elle peut recevoir, 912. — La lésion accidentelle n'est une cause de rescision que si elle va à plus du quart, 913. — Secus, si elle est le résultat de la fraude, 915. — Ou si elle coïncide avec le prélèvement de la quotité disponible, 916. — L'action en lésion ne se prescrit que par dix ans, quel est le point de départ de ce délai? 917 et suiv. — Quid pour le partage fait par l'ascendant? 919 et suiv. voy. *Succession*.

Paiement. — Effet, quant à l'action paulienne, du paiement du créancier poursuivant, offert ou réalisé par le défendeur, 1825.

Possession, voy. Recrudescence.

Possession, voy. ibid.

Prélucide. — Son existence est indispensable pour qu'il y ait dol punissable, 37. — S'il est dénié, le charge de le prouver incombait au demandeur, 40. — Un préjudice moral ferait-il annuler le contrat? 41.

Prescription. — Justice de la prescription contre l'action en nullité, sa nécessité, 613 et suiv. — Son fondement philosophique suivant Troplong, 615 et suiv. — Pour prescrire, il faut que l'acte ait été exécuté, 618. — Condition que doit remplir l'exécution decennale, son point de départ, 619 et suiv. — À la charge de qui est la preuve du moment de la découverte du dol? 621. — Nature de cette preuve, 622. — Les principes généraux sur l'interruption régissent la prescription de l'article 1304, quid des causes de la sus-

pension? 623 et suiv. — L'action en dommages-intérêts se prescrit-elle comme celle en nullité? 625. — Toute action serait-elle éteinte après trente ans du jour de l'acte, si le dol n'avait été découvert que depuis moins de dix ans? 626. — Importance de l'article 1304 pour la répétition de ce qui a été payé en vertu du contrat vicié, 627. — Ce n'est que l'action que l'article 1304 régit, même en cas de non-exécution, conséquences pour l'exception de nullité, 628. — Origine de la règle rendant l'exception perpétuelle, 630. — Motif du silence gardé à cet égard par le Code, 631. — Application de la règle en matière de dol, condition de cette application, 632 et suiv. — L'exception n'est admissible que lorsqu'elle tend à maintenir l'état actuel, conséquences, 637 et suiv. — L'action révoctoire des tiers est susceptible de prescription, point de départ et délai de celle-ci, 1820 et suiv. — Délai de la prescription de l'action en nullité du acte sur succession future, 1366 et suiv.

Prescription. — Dans tous les cas d'admissibilité de la preuve orale, les présomptions peuvent servir à juger le litige, 254. — Exigences du droit ancien sur le nombre des présomptions, 255 et suiv. — Caractère que le Code exige, 257. — Pourrait-on annuler l'acte s'il existait qu'une présomption? 258. — Comment les présomptions doivent-elles être appréciées? 259 et suiv. — Définition de la présomption, conséquences, 268. — Existe-t-il, en matière de simulation, des faits devant plus particulièrement la faire admettre? 269. — La fraude est présumée en faveur des tiers, lorsque le débiteur, devenu complètement insolvable, aliène ses biens ou refuse d'acquiescer, 1458 et suiv. — Dans les cas de fraude présumée, il suffit de prouver le fait auquel s'attache la présomption, 1454. — Devoirs des créanciers querellant l'acte de leur débiteur, présomptions qu'ils peuvent invoquer, 1455 et suiv. — Dans tous les cas, la pertinence des présomptions est laissée à la prudence du juge, 1458.

Prêt. — Diverses espèces de prêt, leur nature, 1111 et suiv. — Prêt à intérêt, historique, 1114 et suiv. voy. *Emprunt*.

Preuve littérale. — Excellence de la preuve littérale en matière de fraude, autorité qui lui est due, 725.

Preuve orale. — L'admission de la preuve orale était une nécessité en matière de dol et de fraude, 9 et suiv. — Comment s'apprécie son admissibilité? 11. — Doubtes qu'elle a soulevés, 252. — Origine de cette preuve, 253 et suiv. — La prohibition de l'article 1341 n'est pas applicable au dol, 259. — La preuve orale n'est pas recevable dans le cas de dol postérieur au contrat, 241. — Conditions pour qu'elle soit reçue dans les autres hypothèses de dol, 249 et suiv. — Par quels éléments doit-on résoudre la question de sa recevabilité en matière de fraude? 726. — Exception au principe de l'article 1341 en faveur de la partie qui a ignoré la fraude, 727 et suiv. — Il n'en est pas ainsi de la fraude concertée, 729. — La preuve orale n'est pas admissible lorsque la fraude cache une simulation licite, 762. — Exception pour le cas de révocation légale ou de réduction d'une donation déguisée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, 765. — La preuve orale est admissible lorsque la fraude déguise une convention illicite, 763 et suiv. — Lorsqu'elle est exercée contre les tiers, 1459. — Ou lorsqu'elle existe au commencement de preuve par écrit, voy. *Commencement de preuve*.

Prise à partie. — Motifs et historique de la prise à partie, 448 et suiv. — Cas donnant ouverture à l'action, 452. — Différence, en cette matière, entre le dol et la fraude, leurs effets, 453 et suiv. — La connexité est assimilée au dol, 457. — La preuve orale est admissible, 459. — Caractère du déni de justice, mode de le constater, 460 et suiv. — L'article 305 du Code de

procédure civile est essentiellement limitatif, 462. — Difficultés relativement à la faute lourde, 463 et suiv. — Contre qui peut être dirigée la prise à partie? 468. — Peut-elle l'être contre les arbitres, 469. — Position qui suit au jour de l'admission de la requête, 470. — Influence de cette admission sur la décalou attaquée, 471. — Effet de la consécration de la prise à partie, 472. — Quid si la partie a coopéré au dol du juge, 473. — La condamnation contre le juge peut entraîner la contrainte par corps, 474.

PAIX. — La vileté du prix est une présomption de fraude, mais ne la suppose pas nécessairement, 71.

PROMESSE DE MARIAGE. — L'exécution d'une promesse de mariage donne-t-elle lieu à des dommages-intérêts? 1582. Voy. *Débit*.

Q

QUALITÉ DES PARTIES. — Les parties ont-elles de qualités distinctes que de droits différents à exercer, voy. *Chose jugée*. — La parenté existant entre le vendeur et l'acheteur fait facilement présumer que l'aliénation est simulée en fraude des créanciers, 1450.

QUOTITÉ DISPONIBLE. — La quotité disponible se détermine qu'à la mort du donateur ou du testateur, conséquences quant à l'action en nullité ou en réduction, 1673. — Mais peut-on soumettre les donataires à fournir caution pour la restitution de l'exécuteur? 1674. — Peut-on cumuler les quotités des articles 913 et 1094 du Code civil? 1690. Voy. *Donation déguisée entre époux, indirecte, et Réserve*.

R

RAPPORT. — Le rapport que le père ferait à ses enfants des fruits par lui perçus, en l'absence et avant toute émancipation, pourrait être annulé sur la poursuite de ses créanciers, 1639. — La renonciation au faveur d'un successible ne constitue pas un avantage soumis à rapport, 1640.

RATIFICATION. — Définition de la ratification, 570. — Fondement juridique de cette loi de non-recevoir, 571. — Principes généraux la régissant, 572 et suiv. — Le traité secret dissimulant le prix d'un office ne peut être ratifié, 1307. — La ratification de la vente du bien dotal, consentie par la femme ou ses héritiers après la dissolution du mariage, est opposable soit à ses héritiers, soit à ses créanciers, 1545 et suiv. — La ratification du pacte sur succession future, faite après que la succession est ouverte, est valable, 1565. — La ratification expresse ou tacite du débiteur est-elle opposable aux créanciers agissant en vertu de l'article 1167? — Quid de cette émanée de certains créanciers? 1819.

RATIFICATION EXPRESSE. — Conditions pour que la ratification expresse soit valable, 580. — Elle doit rappeler la substance de la convention et mentionner le vice dont elle est atteinte, 581 et suiv. — Conséquences pour les vices autres que celui indiqué, 585 et suiv. — La ratification pour lésion exclut tout reproche ultérieur de violence, mais non celui de dol, 585 et suiv. — Quid si la ratification émane de l'héritier? 587. — La ratification doit exprimer l'intention de purger le vice primordial, 588. — Formes de l'acte de ratification, 589 et suiv. — La ratification imparfaite peut être complétée; à défaut, l'acte ne peut ni servir de commencement de preuve, ni rendre la preuve orale admissible, 591 et suiv.

RATIFICATION TACITE. — La ratification résultant de l'exécution équivaut à la ratification expresse, 595. — Caractère que l'exécution doit offrir pour opérer ratification, 594 et suiv. — Des offres de paiement non acceptées n'emportent pas ratification, 599. — Il en

serait de même des mesures conservatoires ayant précédé la demande en nullité, 609. — L'exécution partielle est une ratification valable, 601. — Cette exécution doit être volontaire, 602. — Quid si elle n'est due qu'à une erreur de droit ou si elle n'a été obtenue qu'à l'aide d'une contrainte ou la menace d'un procès, 605 et suiv. — Époque à laquelle l'exécution volontaire équivaudra à ratification, 606 et suiv. — A qui incombe la charge de prouver l'illégalité de l'exécution? 608. — L'exécution volontaire, après la connaissance du vice, emporte l'extinction de la purge, 609. — Quid si l'exécution n'est que la conséquence de la nature de l'acte? 610. — Le paiement intégral ou partiel d'une lettre de change ou de tout autre effet négociable, entre les mains du porteur, n'est point une ratification, 611. — Les conditions exigées pour la ratification des obligations ne sont pas celles des libéralités litigieuses, 612.

RÉGÉNÉ. — Caractère que doit avoir le recet imputé à la femme commune, 1537. Voy. *Détournement*.

RENONCIATION. — La femme qui s'est renoncée à la communauté ne pourrait exiger de son dol pour se faire relever de sa renonciation, 1525. — La femme ou ses héritiers peuvent faire annuler la renonciation qu'ils auraient réalisée dans l'ignorance des détournements commis par le mari ou ses héritiers, 1528. — Effet de la révocation de la renonciation sur la poursuite des créanciers de la femme, 1534. — Les créanciers du cohéritier, qui s'est renoncé à la succession, peuvent-ils attaquer cette renonciation pour fraude à leurs droits? 1561. — Ce droit ne peut être exercé que par les créanciers antérieurs à la renonciation, 1566. — Exception que cette règle comporte, 1567. — Effets de l'acceptation des créanciers, 1568 et suiv.

RENTA. — La rente viagère constituée à titre onéreux est saisissable et encaissable, 1762.

RÉTENTION. — Ce qui a été payé, en vertu d'une contre-lettre à la cession d'un office, est sujet à répétition, 1504 et suiv. Voy. *Nullité, Office*. — Dans quels cas peut-on répéter ce qui a été payé sur la dette du jeu? Voy. *Jeu*.

REQUÊTE CIVILE. — Définition de la requête civile, 422. — Premier cas d'application, dol personnel, ce qui le constitue, 423 et suiv. — A quelles conditions la requête sera-t-elle admissible dans ce cas? 430 et suiv. — Faits pouvant caractériser le dol personnel, 434 et suiv. — Subornation de témoins, mode de preuve et effets, 435. — Corruption des experts, son caractère, ses effets, 436. — Faux serment, différence selon qu'il a été déféré par la partie ou ordonné par le juge, 437 et suiv. — Deuxième chef d'application, s'il a été jugé sur pièces, depuis reconnues ou déclarées fausses, 439. — Solution des difficultés que cette hypothèse soulève, 440 et suiv. — Troisième chef d'application, découverte après le jugement de pièces décisives retenues par la partie, 445 et suiv. — Effet de la requête civile, quant à l'exécution de jugement, 447.

RESCISION. — Le droit de faire prononcer la rescision du contrat dolosif est une pure faculté, 275. — Hypothèse dans laquelle la rescision est impossible, 276. — Effets de la rescision par rapport aux tiers détenteurs, 277. Voy. *Reconnaissance*. — Contre qui doit être intentée l'action en rescision? 299.

RÉSERVA. — Caractère de la disposition de l'article 1094 sur la réserve des ascendants, 1672. — Origine de la réserve légale des ascendants, sa quotité, 1684 et suiv. — L'indisponibilité de la réserve des articles 913 et 915 n'est pas moins absolue que celle de la réserve des articles 1094 et 1098 du Code civil, 1688. — L'atteinte portée à la réserve par une renonciation à une communauté, ou à un legs, peut être l'objet d'une action de la part des enfants; effets de cette action et de celle des créanciers, 1689. — Conséquences de

- l'indisponibilité de la réserve à l'endroit des donations indirectes, 1691.
- RÉTICENCE DE LA PROPRIÉTÉ.** — La réticence de la propriété par le vendeur est une présomption de fraude, 1451. — De quelle manière elle se réalise le plus souvent, 1452. — Dans quels cas doit-on en admettre l'existence? 1453.
- RÉTICENCE.** — Effet de la réticence dans la police d'assurance, voy. *Assurances maritimes*.
- RETRAIT LITIGIEUX, VOY. Vente de droits litigieux.**
- RETRAIT SUCCESSORAL, VOY. Vente de droits successifs.**
- REVENDEUR.** — Différence des effets de la revendication, suivant qu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble, 278. — Droits et devoirs du possesseur de bonne foi, 279 et suiv. — Prescription qu'il peut invoquer contre le revendiquant, 282. — Difficultés que soulève la revendication d'un objet mobilier, 283. — Elle ne peut être exercée en matière de dol ou d'escompterie, 288 et suiv. — Exception dans le cas de mauvaise foi ou de fraude de la part du détenteur, 294 et suiv. — Les meubles incorporels ne sont pas régis par l'article 2279 du Code civil, 296 et suiv. — Exception qui subit le droit de revendication, 298. — Les créanciers qui ont fait révoquer la vente faite en fraude de leurs droits peuvent-ils revendiquer l'immeuble entre les mains du second acquéreur? 1764.
- REVOCATION.** — Quelles sont les causes de la révocation des donations? Voy. *Donation et Donation déguisée*. — Conséquence de la règle que les donations ne sont pas révoquées de plein droit, 1750. — Délai dans lequel l'action en révocation peut être exercée par le donateur, cette action passe-t-elle aux héritiers? 1751. — Peut-elle être exercée par les créanciers? 1752. — Les donations par contrat de mariage sont-elles révocables pour inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude? 1753.
- a
- SAGE-FEMME.** — Les sages-femmes sont-elles titulaires de l'incapacité édictée par l'article 909 du Code civil? 167.
- SÉPARATION DE BIENS.** — Dangers que la séparation de biens fait courir aux créanciers, à la femme elle-même, 1483. — Étendue de la faculté laissée à celle-ci de prendre toutes mesures conservatoires, 1483 et suiv. — Conditions et formes de la procédure, 1487 et suiv. — Cette faculté peut être exercée par la femme poursuivant la séparation de corps, 1490. — Abus qu'on a fait de la séparation de biens, présomptions de loi, 1492 et suiv. — Publicité de la demande, effet de l'omission, 1494 et suiv. — Conditions d'admissibilité, époque du jugement, 1497 et suiv. — Obligation de la femme de prouver le désordre des affaires de son mari, faits tendant à l'établir, 1499 et suiv. — La preuve testimoniale peut être ordonnée d'office, 1501. — Objet de la publicité que le jugement doit recevoir, 1502. — Délai de l'exécution, caractère et forme de celle-ci, 1504 et suiv. — Comment doit être constatée l'exécution volontaire? 1507. — Caractère du paiement, s'il est réalisé, 1508. — À défaut de paiement, comment doit se faire la poursuite? 1509 et suiv. — Caractère du jugement prononçant la séparation de biens, durée du délai laissé aux tiers pour l'attaquer, effet de leur inaction, 1511 et suiv. — Les créanciers postérieurs à la séparation peuvent-ils se plaindre de l'exécution tardive du jugement? 1513. — Les créanciers sont-ils débuis, par l'expiration du délai d'un an, de la faculté d'attaquer le jugement comme rendu en fraude de leurs droits? 1514. — L'effet rétroactif du jugement est-il opposable aux tiers comme au mari? 1516.
- SÉPARATION DE CORPS.** — La séparation de corps doit-elle être prononcée dans le cas d'erreur sur les qualités morales du conjoint? 353 et suiv. — La séparation, relâchant les liens du mariage, oblige l'époux qui l'a encourue à indemniser son conjoint du préjudice qu'il peut en recevoir, 838. — Elle entraîne la révocation des avantages faits dans le contrat de mariage, 839.
- SERMENT.** — Effet du serment prétendu ou reconnu faux, voy. *Requête civile*.
- SIMULATION.** — Définition de la simulation, en quel elle diffère du dol et de la fraude, 1257. — Ses caractères, 1258. — Objets qu'elle se propose, 1259. — Caractère de la simulation licite, 1260 et suiv. — Différence entre la simulation relative et la simulation absolue, 1263.
- SOCIÉTÉ.** — Caractère et objet de la société, 1057 et suiv. — Effet du consentement extorqué, conséquences de la nullité en résultant pour les associés et pour les tiers, 1060 et suiv. — Quid si la signature est le résultat d'un faux? 1063. — Conséquences du pacte donné à l'usur la totalité des bénéfices ou l'exonération de toute participation aux pertes, 1065 et suiv. — C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire aux pertes, conséquences pour l'associé industriel, 1069. — Autre exception à la défense d'être affilié de la perte, 1070. — Conditions sans lesquelles la participation du prêteur aux bénéfices constituerait une usure déguisée, 1071 et suiv. — L'assurance du bénéfice entre associés n'est valable que si le contrat est sérieux et sincère, 1074. — Obligation pour chaque associé de verser sa mise, effet du retard ou du refus, 1075 et suivants. — Obligation de l'associé purement industriel, 1077 et suivants. — L'industrie promise appartient à tous les associés du jour de la constitution de la société, conséquences, 1079. — Chaque associé est responsable de sa faute, nature de cette responsabilité, 1080 et suiv. — Effet de la fraude, 1083 et suiv. — Conséquences de l'usure et de l'usure, quant à la durée de la société, 1085 et suiv. — Comment peut être prononcée la dissolution de la société à terme? 1088 et suiv. — Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune? 1096 et suiv. — Exception de l'article 1871 du Code civil, quant à la dissolution des sociétés à terme, 1098 et suiv. — Le refus de continuer, de la part de l'associé industriel, devrait-il faire prononcer la dissolution malgré la résistance des autres associés? 1100 et suiv. — Effets de la dissolution soit conventionnelle, soit judiciaire, 1103. — Obligations du gérant, 1104. — Effets de la prohibition de reviser les comptes, caractère de l'action en redressement, 1108 et suiv.
- SOCIÉTÉ COMMERCIALE.** — Le défaut de publicité de l'acte de société commerciale équivaut à une fraude, 717. — Ses effets par rapport aux associés, 718. — Aux créanciers sociaux, 719. — Aux créanciers personnels de chaque associé, 720.
- SOCIÉTÉ UNIVERSELLE.** — La société universelle entre personnes incapables de se donner ou de recevoir est présumée frauduleuse, 635. — Délai de l'article 1840 soulevé dans le sein du conseil d'Etat, conséquences du sa disposition à l'endroit de celle de l'article 911 du Code civil, 636 et suiv. — Effet de la présomption de fraude, 638. — La société universelle entre un père et son fils est-elle intégralement nulle ou seulement réductible? 659.
- SOLIDARITÉ.** — La solidarité en matière de dol résulte de l'indivisibilité du fait, 335 et suiv. — Importance de la solidarité pour l'application de l'article 126 du Code de procédure civile, 332.
- SOLVABILITÉ.** — Effet de la solvabilité du débiteur au moment de l'acte qu'on allègue de fraude sur l'appréciation de l'action, 1823 et suiv.
- STELLIONAT.** — Il y n fraude légalement présumée dans

les faits constituant le stellionat, 679. — Nature de la présomption dans l'hypothèque de la vente ou de l'hypothèque de la chose d'autrui, 680. — Dans celle de présenter comme libres des biens grevés, ou déclarer des hypothèques moindres que celles existant, 681. — Le silence gardé dans l'acte sur l'existence ou le nombre des hypothèques ne constitue pas le stellionat, exception pour les maris et les tuteurs, 682 et suiv. — La présomption est-elle effacée par la bonne foi? Nature de celle-ci, 684 et suiv. — Il n'y a stellionat, dans le cas de fausse indication, que de la part de son auteur; conséquence à l'endroit de la femme s'étant solidairement engagée, 686. — Le stellionat n'est punissable qu'autant qu'il y a un préjudice possible, 687. — L'acquéreur de la chose d'autrui a action contre son vendeur avant même d'être troublé dans sa possession, 688. — Peine du stellionat, 689. — Les époux, vendant comme libre un fonds dotal, commentent-ils un stellionat? 1541.

SCANDALIS REASONIS. — Voy. *Requête civile*.

SCANDALIS REASONIS. — La prohibition faite au tuteur de se rendre adjudicataire des biens du mineur s'applique-t-elle au subrogé tuteur? 705.

SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE. — Historique de la législation sur les substitutions fidéicommissaires, 1581 et suiv. — Intérêt des héritiers naturels à faire constater le caractère réel de la disposition, 1586. — Conditions exigées pour qu'il y ait substitution prohibée, 1587 et suiv. — Dans le doute on doit se prononcer pour la validité de l'acte, 1592. — Il n'y a pas substitution si la charge de rendre n'est imposée que pour *eo quod supererit*, portée de cette disposition, 1595 et suiv. — Il en serait de même de l'obligation de rendre si *quid supererit*, 1600. — La preuve d'une substitution fidéicommissaire ne peut être faite que par écrit, 1625. — La donation retenant une substitution prohibée est nulle, 1734.

SUBSTITUTION DE PART, voy. *Suppression de part*.

SUCCESSORES IRREGULARES. — Droits des créanciers contre les successeurs irréguliers et notamment contre l'enfant naturel, 1571.

SUCCESSOR. — Intérêts que l'ouverture d'une succession met en présence, et objet que peut se proposer la fraude, 1540. — Précautions de la loi en faveur des héritiers et des tiers, 1542. — Nature et caractère du recel puni par l'article 792 du Code civil, ses effets, 1545 et suiv. — Faculté pour les héritiers et les créanciers de requérir l'opposition ou de s'opposer à la levée des scellés, 1547. — Cette dernière peut être exercée par les créanciers personnels du cohéritier, 1548. — Nature et effet du droit que tout créancier a d'assister à l'inventaire, 1549. — Faculté des créanciers du cohéritier d'intervenir au partage, 1550. — La volonté de l'exercer résulte de l'opposition à la levée des scellés, 1551. — À défaut d'intervention, les créanciers peuvent-ils attaquer le partage consommé? 1552. — Quel est l'acte constituant un véritable partage? 1555. — Forme que doit avoir l'opposition ou partage, 1554. — Les créanciers qui n'ont pas fait opposition ne sont pas déchu du droit d'intervenir, 1555. — Conséquences de l'opposition sur la validité du partage, 1556. — Le créancier opposant a-t-il le droit d'attaquer une vente par licitation à laquelle il n'a été ni présent, ni appelé? 1557. — Droit du créancier d'un usufruit d'une partie de biens indivise avec un tiers, 1558. — L'opposition et l'intervention sont ouvertes aux créanciers chirographaires ou hypothécaires, 1559. — *Quid* des créanciers de la succession? 1560.

SUCCESSOR FUTURE. — La renonciation à une succession non ouverte est nulle comme pacte sur succession future, 646. — Quelle est la loi applicable lorsque le pacte étant antérieur au Code, la succession ne s'est

ouverte que depuis sa promulgation? 647. — Le pacte est-il susceptible de ratification après l'ouverture de la succession? 648. — La renonciation pour un seul prix à deux successions, l'une ouverte, l'autre future, est nulle pour le tout, 649 et suiv. — La loi prohibitive du pacte sur succession future étant d'ordre public, la nullité est radicale, conséquences pour la renonciation déguisée, 1557 et suiv. — Le pacte résulterait de la vente du mobilier qu'on déléguera à son décès, 1562. — Effets d'une pareille clause à l'endroit des immeubles simultanément aliénés avec désinvestissement actuel, 1563. — La même règle serait applicable à la vente d'une quotité de la succession, 1564. — Exception introduite par l'article 918 du Code civil, ses dangers, 1695. Voy. *Prescription, Ratification*.

SUCCESSOR TESTAMENTAIRE. — Froudeux que l'ouverture d'une succession testamentaire peut faire surgir, 1572. — Droit des successibles de faire annuler le testament soit en la forme, soit au fond, 1572 bis. Voy. *Succession*.

SUPPOSITION DE PART, voy. *Suppression de part*. — Peut n'être qu'un moyen frauduleux pour faire annuler une donation, 1698.

SUPPRESSION DE PART. — Différence entre la suppression et la supposition de part, 890 et suiv. — À qui appartient l'action dans l'une et dans l'autre? 894 et suiv. — Par quels principes est régie l'action des parents ou autres ayants droit? 896. — La prohibition de toute poursuite de la part du ministère public s'applique au cas de suppression et de substitution, comme à celui de suppression, 897.

SUPPRESSION DE TESTAMENT. — Caractère de la suppression de testament, 411. — Peut être prouvée par témoins, 412. — Son effet, quant à l'exécution du testament et à la régularité de ses formes, 415 et suiv. — *Quid* si celui qui profite de la suppression n'y a pas coopéré? 415 et suiv. — Effet de la suppression par rapport à l'hérédité, droits des tiers, 417 et suiv.

SURVENANCE D'ENFANTS. — Révoque de plein droit la donation, voy. *Donation, Donation déguisée*. — Caractère frauduleux et immoral qu'elle peut revêtir dans ce but, 1713.

T

TESTAMENT. — Le testament renfermant une substitution fidéicommissaire ne saurait servir à effet, 1580. — Voy. *Donation, Liberté, Succession testamentaire, Suppression de testament*.

TIERS. — Quelles sont les personnes que cette qualification désigne? 1405. — Druit des tiers en cas de fraude à leurs droits, voy. *Donation, Liberté, Renonciation, Séparation de biens, Société, Succession, Usufruit, Vente*.

TITRE. — La faveur due ou titre ne saurait faire repousser sans examen les reproches de défaut de sincérité, 8. — L'autorité qui lui est due ne s'efface que devant la preuve de son illégitimité, 105. — C'est à celui qui le prétend tel, qu'incombe la charge de le prouver, 251. — Preuve admissible, voy. *Preuve testimoniale*.

TRAITE. — Effet du dol dans les traités, 262 et suiv.

TRAITE SECRET, voy. *Contre-lettre, Office, Ratification, Répétition*.

TRAMPERIE. — La tromperie sur la nature de l'objet vendu est un délit, 959. — Tromperie sur la quantité, ses effets, 961 et suiv. — Effet de celle sur la quantité, 964.

TRAMPERIE. — Difficulté de la mission qui leur est confiée en matière de dol et de fraude, 6.

TUTEUR. — Nature des obligations imposées au tuteur,

156. — Leur accomplissement doit être prouvé par écrit, 157. — La présomption de dol, résultant de leur défaut, est *juris et de jure*, 158. — Le récépissé des pièces justificatives doit avoir date certaine pour faire courir le délai du dix jours, formes de ce récépissé, 159. Voy. *Action, Donation, Mineur, Nullité*.

U

USUFRUIT. — Effets de la renonciation à son usufruit à l'égard des créanciers du renonçant, 1630. — Différence entre cette renonciation et celle à une succession, conséquences pour les divers ayants droit, 1631 et suiv. — Différence entre la renonciation à titre gratuit et celle à titre onéreux, 1635. — Conséquences de la violation des prescriptions de l'article 1614 du Code civil, 1709. — Effet du préjudice éprouvé par le propriétaire, 1714 et suiv.

USUFRUIT LÉGAL. — La renonciation par le père à son usufruit légal peut-elle être l'objet de l'action révocatoire? 1637. — *Quid* de celle résultant de l'émancipation? 1638. — Les règles ordinaires de l'usufruit s'appliquent à celui que le père a des biens de ses enfants, 1712. — L'abandon ou la destitution de la tutelle entraîne-t-il la perte de l'usufruit légal? 1715.

USURE. — En quoi consiste l'usure, 1115. — Justification en principe des droits du législateur à la réglementation, 1116 et suiv. — Réforme dont la loi de 1807 serait susceptible, 1119. — Défaut de proportion entre l'intérêt qu'elle consacre et le revenu foncier, 1120. — Véritable valeur de l'argent en matière commerciale, 1121. — Abus de l'application du taux commercial aux lettres de change souscrites par des non-négociants et aux prêts commerciaux garantis par nantissement ou hypothèque, 1122 et suiv. — L'usure ne peut exister que dans le prêt, simulations naissent de cette circonstance, caractères des questions qu'elles offrent à résoudre, 1123 et suiv. — Exemple d'usure dans un contrat de mariage, 1127 et suiv. — Difficultés sur les droits que les banquiers perçoivent en sus de l'intérêt légal, 1130 et suiv. — Opinion de Chardon, Duvergier, Fremery, réutation, 1134 et suiv. — Conséquences de la facilité que ces droits offrent à l'usure, 1138 et suiv. — Le droit de commission peut-il être prélevé en l'absence d'un crédit ouvert? 1144. — Comment se régissent les comptes courants? 1115. — Le solde peut-il être soumis de nouveau au droit de commission? 1140. — Condition pour que les intérêts soient capitalisés chaque trois mois, 1147. — Le banquier peut-il prélever la commission à chaque renouvellement d'effets souscrits par des non-commerçants? 1148. — La fusion des intérêts avec le capital, ou leur prélèvement, constitue l'usure, 1149 et suiv. — Peut-on, pour un capital en espèces, stipuler un intérêt en denrées? *Quid* si le capital est lui-même en denrées? 1154 et suiv. — La loi de 1807 est inapplicable au prêt aléatoire, application de cette règle à la caisse hypothécaire, 1156. — Au contrat à la grosse, exemple d'une usure palliée sous l'apparence de ce contrat, 1157. — A la cession, 1159. — Au contrat de rente viagère, exemple d'une usure déguisée sous cette forme, 1160 et suiv. — Comment faut-il apprécier la donation faite par le débiteur ou créancier? 1162 et suiv. — Il y a usure dans l'exigence de services personnels appréciables en argent, comment doit-on juger ce caractère? 1167 et suiv. — L'usure peut se déguiser sous l'apparence du contrat de société, d'une vente d'objets mobiliers, de marchandises par un marchand, enfin, d'un immeuble, 1170 et suiv. — Nature de la vente à rémunéré, conséquences de l'usure qu'elle déguiserait, 1174 et suiv. — L'usure peut emprunter la forme d'un échange, 1182. — Devoir qu'impose aux tribunaux la facilité

que l'usure trouve à se dissimuler, 1185. — L'usure ne devient un délit que par l'habitude, mais chaque fait crée une action au faveur de l'usure, 1184. — Inapplicabilité de l'article 1544 à cette action, comme à celle du ministère public, 1185 et suiv. — Conséquences quant à la preuve par témoins, par présomption, par le serment suppletif, usage que les tribunaux doivent faire de cette dernière faculté, 1189 et suiv. — Effet de l'usure reconnue sur l'exécution de l'acte, 1193. — L'action du débiteur passe à ses héritiers ou créanciers, mais elle ne peut être jointe à celle du ministère public, 1194 et suiv. — Dans quels cas l'usurier pourra-t-il opposer la chose jugée, 1197 et suiv. — L'usure ne peut être valablement ratifiée, 1200. — Prescription opposable à l'action, son point de départ, délai requis, 1201 et suiv. — L'opérateur de l'exécution, 1204.

USURPATION DU BON DE FABRICANT, VOY. Contrefaçon.

V

VENTE. — Peut devenir un moyen ou une cause de fraude, 937 et suiv. — Caractère et effets du contrat *mobatru*, 939 et suiv. — La vente peut déguiser un contrat pignoratif, à quelles conditions, 944 et suiv. — L'acte nul comme contrat pignoratif vaudra comme obligation, 947 et suiv. — Fraudes dans la livraison, leur caractère et leur effet, 949 et suiv. — L'article 1610 ne distingue pas la fraude de la faute, motifs du législateur et atténuations qu'il consacre à la rigueur de cette règle, 952 et suiv. — La faculté de proroger le terme de la livraison peut-elle être appliquée aux ventes commerciales? 955. — Modifications faites à la chose vendue après la vente, conséquences quant aux meubles incorporés, aux capitaux d'exploitation, aux récoltes pendantes, 954 et suiv. — La livraison d'une chose qu'on soit impropre à sa destination est une fraude, 965. — Vente de la chose d'autrui, ses effets, 955. — Seconde vente de la chose déjà vendue, 966 et suiv. — Effet du refus ou du retard de l'acquéreur à prendre livraison, 969. — Effet du retard dans le paiement, 970. — Tontio dégradatoire volontaire, tant que le prix n'a pas été payé, est une fraude, droit qu'elle confère au vendeur, 977. — Le vendeur non payé peut atterquer, comme faite en fraude de ses droits, la vente consentie par son acquéreur, 378. — La vente peut être valablement consentie sous forme d'échange, 1270. — Importance du véritable caractère de l'acte à l'endroit de l'action en lésion, 1271. — Peut-on l'établir par témoins? 1272. — Présomption attachée à la vente faite aux successibles directs à suite viengère et à fonds perdu, ou sous réserve d'usufruit, 1092 et suiv. — Facilités que la vente offre à la fraude contre les créanciers, 1735. — Ses effets en matière commerciale, précautions prises à cet égard, 1736 et suiv. — Effet de la poursuite personnellement intentée par un créancier, 1739. — Caractère et effet de la simulation de la vente, en cas de déconfiture civile, 1740. — Effets de l'admission de l'action des créanciers contre la vente, 1763.

VENTE DE DROITS LITIGIEUX. — Le Code a admis, sur la vente des droits litigieux, la doctrine du droit romain, 1781 et suiv. — Difficulté que fera naître la question de savoir s'il y a vente ou donation, 1784. — Le retrayant peut contester la sincérité du prix, 1785. — Le droit au retrait est absolu, il peut être exercé pour la première fois en appel, 1786. — Peut-il l'être par les créanciers de l'ayant droit? 1787. — La décision définitive du procès rend tout retrait ultérieur impossible, 1788. — Exception à cette règle, 1789. — Caractère des exceptions que l'article 1701 introduit à la disposition de l'article 1699 du Code civil,

comment doit être appréciée celle faite en faveur de l'héritier? 1790 et suiv. — Prohibitions spéciales en matière d'achat de droits litigieux, effet de la violation, 1792 et suiv.

VENTE DE BIENS ACCESSOIRES. — Fraudes dont cette vente est susceptible, effet de l'opposition à la levée des scellés signifiée par les créanciers, 1763 et suiv. — Le créancier non opposant ne perd pas le droit d'attaquer la vente en vertu de l'article 1467 du Code civil, 1767. — Présomption tirée de l'exagération du prix, 1768 et suiv. — Par qui et comment doit être établi le juste prix, lorsqu'il est impossible de préciser celui qui a été réellement payé? 1770 et suiv. — Conséquences de l'obligation pour le retrayant de restituer le prix réel, à l'endroit des frais accessoires, 1772. — La demande en retrait doit-elle être précédée ou accompagnée de l'offre réelle de restituer le prix? 1775. — Influence de la dénonciation de l'intention d'exercer le retrait sur les actes ultérieurs du cédant et du cessionnaire, 1774. — Le dernier évincé par le retrait a-t-il une garantie contre le vendeur? 1775 et suiv. — Application de ces règles à la donation déguisant une vente, ou à la vente qu'on soutiendrait n'être qu'une donation, 1777 et suiv. — Effets de la ratification imputée au retrayant, caractères qu'elle doit offrir, 1779. — L'action en retrait n'est plus recevable après le partage, *quid*, en cas de nouveau partage, par suite de la rescision du premier? 1780.

VENTE ENTRE ÉPOUX. — La vente entre époux est présumée frauduleuse, motifs, 690 et suiv. — Exceptions, leur caractère, 693 et suiv. — Leurs conditions,

698. — La vente entre époux, faite au mépris de la loi, est nulle à l'égard des tiers, 699. — *Quid* vis-à-vis des héritiers? 700.

VENTE A RÉVOCATION, voy. Unre.

VENTE A RENTE VIAGÈRE. — Caractère de la vente à fonds perdu, conditions qu'elle exige, 1743 et suiv. — Le risque sérieux existe-t-il lorsque le taux de la rente est inférieur aux revenus des biens aliénés? 1745 et suiv. — Cette vente comporte-t-elle l'action en lésion? 1747 et suiv. — La rente est nulle si au moment du contrat le créancier était mort, 1750. — Différence, sur ce point, entre la vente et le contrat d'assurances maritimes, 1751. — La vente est nulle si la rente a été constituée en faveur d'une personne morte dans les vingt jours de la maladie dont elle était atteinte le jour du contrat, alors même que cette personne eût elle-même été partie à l'acte, 1752 et suiv. — La nullité étant d'ordre public, la renonciation à s'en prévaloir ne produirait aucun effet, 1754. — La vente sans date certaine est-elle opposable aux héritiers du vendeur? 1755 et suiv. — Conséquences de la négative, quant à la preuve de la sincérité de la date, 1758. — Conditions indispensables pour que la nullité puisse être prononcée, 1759. — L'article 1795 du Code civil est applicable au cas où il y a plusieurs créanciers, comment se règle alors le sort de l'acte? 1760 et suiv.

VICE RÉDIBITOIRE. — Celui qui vend sciemment un animal atteint d'un vice rédhibitoire commet un véritable dol, 62. — Caractère de ce dol, ses conséquences quant aux dommages-intérêts, 91 et 307.

FIN DE LA TABLE GÉNÉRALE ET ALPHABÉTIQUE.

805993667

